

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA – UFSC
DEPARTAMENTO DE DIREITO – DIR
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

NICOLLE FELLER

**A CULPA NA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS HOSPITAIS PRIVADOS POR
DANOS DECORRENTES DE INTERVENÇÃO MÉDICA**

**Florianópolis
2013**

NICOLLE FELLER

A CULPA NA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS HOSPITAIS PRIVADOS POR DANOS
DECORRENTES DE INTERVENÇÃO MÉDICA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
Curso de Graduação em Direito da Universidade
Federal de Santa Catarina, como requisito para a
obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Rafael Peteffi da Silva


Florianópolis
2013

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

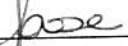
TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia intitulada "**A culpa na responsabilidade civil dos hospitais privados por danos decorrentes de intervenção médica**", elaborada pelo(a) acadêmico(a) **Nicolle Feller**, defendida em **04/12/2013** e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (dez), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no artigo 9. da Portaria n. 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE.

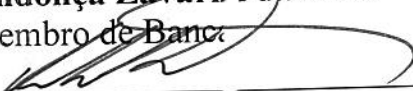
Florianópolis, 4 de Dezembro de 2013



Rafael Peteffi da Silva
Professor(a) Orientador(a)



Leilane Mendonça Zavarini da Rosa
Membro de Banca



Orlando Celso da Silva Neto
Membro de Banca

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Maristela e Afonso Carlos, pelos ensinamentos e valores transmitidos, pelo carinho e preocupação de sempre.

À minha avó, Helena Della Giustina Tamanini, cuja doçura é lembrança constante em meus pensamentos.

Ao meu irmão, Carlos Augusto, pelos momentos de alegria compartilhados, a quem desejo uma vida repleta de realizações e ofereço meu apoio para os novos desafios.

Ao professor Dr. Airton Lisle Cerqueira Leite Seealeander, por ter me proporcionado peculiar experiência na vida acadêmica como monitora da disciplina de História do Direito, pelo incentivo à leitura e ao pensamento questionador.

Ao Dr. Hélio Do Valle Pereira, cujas lições influenciaram a escolha do tema deste trabalho e cujas decisões intensificaram meu gosto pelo Direito, bem como aos demais integrantes da 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital, pelo aprendizado proporcionado e experiências divididas.

Aos integrantes do 4º Ofício Criminal da Procuradoria da República em Santa Catarina, pelas tardes de aprendizado e crítica acerca dos temas de direito penal e processual penal.

Por fim, ao professor Dr. Rafael Peteffi da Silva, pelas primorosas aulas ministradas no Curso de Graduação em Direito e pela orientação deste trabalho.

“Dir-se-á que a boa-fé não prova nada; estou de acordo. Quantos canalhas sinceros, quantos horrores consumados de boa-fé? E, muitas vezes, o que há de menos hipócrita que um fanático? Os tartufos são legião, porém menos numerosos talvez, e menos perigosos, que os savonarolas e seus discípulos. Um nazista de boa-fé é um nazista: de que adianta sua sinceridade? Um canalha autêntico é um canalha: de que adianta sua autenticidade? Como a fidelidade ou a coragem, a boa-fé tampouco é uma virtude suficiente ou completa. Ela não substitui a justiça, nem a generosidade, nem o amor. Mas que seria uma justiça de má-fé? Que seriam um amor ou uma generosidade de má-fé? Já não seriam justiça, nem amor, nem generosidade, a não ser que corrompidos à força de hipocrisia, de cegueira, de mentira. Nenhuma virtude é verdadeira, ou não é verdadeiramente virtuosa sem essa virtude de verdade. Virtude sem boa-fé é má-fé, não é virtude”.

André Comte Sponville, Pequeno Tratado das Grandes Virtudes.

A aprovação da presente monografia não significará o endosso do conteúdo por parte do Orientador, da Banca Examinadora e da Universidade Federal de Santa Catarina à ideologia que a fundamenta ou que nela é exposta.

RESUMO

O presente trabalho monográfico propõe-se a analisar a incidência do elemento culpa na responsabilidade civil dos hospitais privados por danos decorrentes de intervenção dos médicos integrantes de seus quadros. A contemporaneidade do tema manifesta-se, de um lado, pela percepção da atemporalidade da necessidade primordial que os indivíduos têm de recorrer a atividades da área médica a fim de preservarem, tratarem e potencializarem sua saúde. Noutro giro, a atualidade da questão é reforçada pela crescente massificação e corporativização da prestação de serviços, inclusive dos relativos à saúde. Nesse contexto, não raras vezes, constata-se duas posições gerais diametralmente opostas: defesa dos consumidores acima de qualquer circunstância e blindagem dos médicos das pretensões indenizatórias. Assim, por meio de uma análise dos posicionamentos firmados na doutrina e nas decisões do Superior Tribunal de Justiça, bem como do próprio ordenamento jurídico brasileiro, objetiva-se com o presente trabalho comparar as duas vertentes que tratam da necessidade de se provar a culpa do preposto para a responsabilização de um hospital por dano resultante de serviços médicos. Para tanto, serão apresentadas as lições gerais acerca da responsabilidade civil; logo após, os preceitos específicos da responsabilidade médica e, por fim, as questões atinentes à culpa, ao nexo de causalidade e ao defeito do serviço no tocante à responsabilidade hospitalar por danos advindos de intervenção médica.

Palavras-chave: Hospitais. Intervenção médica. Culpa. Nexos de causalidade. Defeito do serviço.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 RESPONSABILIDADE JURÍDICO-CIVIL	11
1.1 Conceito, natureza jurídica e desenvolvimento histórico.....	11
1.2 Pressupostos da responsabilidade civil	14
1.2.1 Conduta humana.....	15
1.2.2 Dano	16
1.2.3 Nexo de causalidade.....	18
1.2.3.1 Teoria da equivalência de condições.....	19
1.2.3.2 Teoria da causalidade adequada.....	21
1.2.3.3 Teoria dos danos diretos e imediatos	23
1.2.4 Nexo de imputação.....	25
1.3 Excludentes da responsabilidade civil.....	26
1.4 Classificações da responsabilidade civil.....	30
1.4.1 Responsabilidade subjetiva e objetiva	30
1.4.1.1 Responsabilidade objetiva no Código de Defesa do Consumidor	33
1.4.2 Responsabilidade contratual e extracontratual.....	35
1.4.3 Responsabilidade nas obrigações de meio e nas obrigações de resultado	36
1.4.4 Ônus da prova	37
2 RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA.....	40
2.1 Exercício médico-profissional e normas aplicáveis à responsabilidade civil médica	40
2.2 Especificidades da atividade médica	49
2.3 Responsabilidade civil médica	52
2.3.1 Natureza jurídica e conteúdo obrigacional.....	52
2.3.2 Erro médico.....	59
2.3.3 Acolhimento da teoria clássica.....	63
3 NEXO DE CAUSALIDADE E CULPA NA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS HOSPITAIS PRIVADOS	66
3.1 Hospital, histórico e especificidades da atividade médico-hospitalar	66
3.2 Responsabilidade dos hospitais privados.....	71
3.2.1 Natureza jurídica	71

3.2.2 Responsabilidade quanto ao dever de assistência médica.....	74
3.3 O fator culpa e a avaliação do nexo de causalidade entre serviço e dano.....	83
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	93

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objetivo principal comparar as duas vertentes que tratam da necessidade de se verificar a culpa do preposto para a responsabilização de um hospital privado por dano derivado de intervenção médica, mediante análise dos preceitos emanados da doutrina, de decisões do Superior Tribunal de Justiça, bem como do próprio ordenamento jurídico nacional, o qual revela a mencionada temática nas disposições da Constituição Federal, Código de Defesa do Consumidor, Código Civil e, ainda, nas normas emanadas do Conselho Federal de Medicina, entidade autárquica.

A responsabilidade civil hospitalar constitui tema contemporâneo, tendo em vista a atemporalidade da necessidade primordial que os indivíduos têm de recorrer a atividades da área médica a fim de preservarem, tratarem e potencializarem sua saúde. Por outro lado, a atualidade da questão é reforçada pela crescente massificação e corporativização da prestação de serviços, inclusive dos relativos à saúde. Isso porque, neste particular, houve, nas últimas décadas, o despontar de outros personagens na relação entre médico e paciente, entre eles, os hospitais, conceito este que também abrange clínicas e casas de saúde.

Uma vez caracterizados a atemporalidade do tema e o aumento da impessoalidade na prestação de serviços na área médica como elementos que traduzem sua atualidade, os discursos que os justificam refletem diretamente em sua importância. Não há como negar, pois, o valor da responsabilidade civil para os cultores do Direito, na medida em que ele está intimamente ligado ao êxito das finalidades do próprio ordenamento jurídico.

O interesse da autora consiste em, a partir da pesquisa científica, conhecer este importante ramo da responsabilidade civil e, também, oferecer contribuição para o entendimento do assunto, indicando, por um lado, o que já é consenso no que diz respeito à obrigação de indenizar de médicos e hospitais e refletindo, por outro, acerca do que ainda gera discussões: a culpa enquanto pressuposto da responsabilidade civil dos hospitais privados por danos advindos de intervenção médica.

Para tanto, a monografia será realizada com base no método dedutivo, com procedimento de análise bibliográfica.

Assim, para fins didáticos e considerando-se que os serviços médicos prestados pelos hospitais, em última análise, envolvem a prática médica, o trabalho foi dividido em tópicos gerais, nestes termos: responsabilidade jurídico-civil, responsabilidade civil médica e, por fim, nexos de causalidade e culpa na responsabilidade civil dos hospitais.

Nesse rumo, o primeiro deles abordará o conceito, natureza jurídica e desenvolvimento histórico da responsabilidade civil, seus pressupostos e excludentes. Tratará, ainda, das seguintes classificações: responsabilidade subjetiva e objetiva, responsabilidade contratual e extracontratual e responsabilidade nas obrigações de meio e de resultado. Por fim, apresentará lições acerca do ônus da prova.

O segundo capítulo, por seu turno, ao abordar a responsabilidade civil médica, tratará de questões atinentes ao exercício médico-profissional, das normas aplicáveis, das especificidades da atividade médica, da natureza e conteúdo obrigacional da responsabilidade civil dos médicos, do erro médico e, ainda, do acolhimento da teoria clássica neste particular.

Por fim, o terceiro capítulo passará pelo conceito de hospital e por questões ligadas ao seu histórico e às especificidades da atividade médico-hospitalar. Após, tratará da natureza jurídica da responsabilidade dos nosocômios, bem como dos contornos que abrangem a indenização resultante da responsabilidade hospitalar quanto ao dever de assistência médica. Como análise derradeira, apresentará as posições firmadas na doutrina e nas decisões do Superior Tribunal de Justiça acerca do fator culpa e a avaliação do nexo de causalidade entre serviço e dano na responsabilidade civil dos hospitais particulares por danos resultantes de intervenção médica.

Seguem, ao final, a conclusão e as referências bibliográficas.

1 RESPONSABILIDADE JURÍDICO-CIVIL

1.1 Conceito, natureza jurídica e desenvolvimento histórico

O termo “responsabilidade”, consoante lição de Carlos Roberto Gonçalves, “*exprime a ideia de restauração de equilíbrio, de contraprestação, de reparação de dano*”. Tendo em vista a pluralidade de atividades humanas, explica o mencionado autor que “*inúmeras são também as espécies de responsabilidade, que abrangem todos os ramos do direito e extravasam os limites da vida jurídica, para se ligar a todos os domínios da vida social*” (2010a, p. 19-20).

Pode-se afirmar que a responsabilidade jurídica, por sua vez, apresenta-se quando da violação de norma jurídica, concomitantemente ou não com a violação de norma moral, que acarrete dano a indivíduo ou à coletividade. Importante observar, neste ponto, que a responsabilidade civil é espécie da responsabilidade jurídica, compreendendo este gênero, ainda, a penal e a administrativa.

Para Leonardo Vieira Santos, na doutrina estrangeira, o autor que mais influenciou as obras brasileiras foi Savatier e, parafraseando Baptista (2003, p. 60), apresenta a seguinte tradução do francês para conceituar a responsabilidade civil: “*é a obrigação que pode incumbir a uma pessoa de reparar o dano causado a outrem por seu fato, ou pelo fato de pessoas ou de coisas dependentes dele*” (2008, p. 31-32).

De acordo com o mencionado autor, trata-se de conceito geral, que o faz desvincular-se de armadilhas como a de relacionar a responsabilidade civil ao ato ilícito ou como a de incluir os pressupostos do dever de indenizar em seu conceito, uma vez que estes podem variar a depender das peculiaridades de cada ordenamento jurídico (2008, p. 31-32).

Nessa linha, Carlos Roberto Gonçalves conceitua a responsabilidade civil como “*um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário*” (2010a, p. 24). Explica o autor, neste ponto, que obrigação é o vínculo jurídico que fornece ao sujeito ativo (credor) o direito de exigir do sujeito passivo o cumprimento de certa prestação, sendo que esta “*obrigação nasce de diversas fontes e deve ser cumprida livre e espontaneamente*” (2010a, p. 20).

Segundo Sergio Cavaleiri Filho, o ordenamento jurídico determina deveres que, de acordo com a natureza do direito a que correspondem, podem ser positivos ou negativos, falando-se, até mesmo, em um dever geral de não prejudicar a ninguém, encontrado no direito romano na máxima *neminem laedere* (2012, p. 01).

Sobre a evolução histórica da responsabilidade civil, Fernando Noronha ensina que, primitivamente, quando o foco era nos grupos e não nos indivíduos em si considerados, não se cogitava em reparação civil, isto é, em uma indenização específica do lesado. Explicita o referido autor que as noções de crime e pecado se misturavam, de sorte que as primeiras sanções tinham natureza religiosa, “*consistindo em penitências e sacrifícios, impostos pelo grupo e no interesse deste, embora em nome das divindades*” (2013, p. 552-553).

Adverte o mencionado professor que se verificou um avanço no sentido de laicização, porém, ainda não no da reparação individual, momento em que se passou ao clã ou à família o desforço das ofensas: tem-se a fase da *vendetta* ou vingança privada. Sobre este período, Carlos Roberto Gonçalves assevera que, nos primórdios da humanidade, o dano provocava reação instantânea, instintiva e brutal do lesado, sem regras e limitações, caracterizando-se, assim, a vingança privada (2010a, p. 24).

O civilista supramencionado assevera, ainda, que, em período mais avançado, quando passa a existir autoridade soberana, vedou-se à vítima fazer justiça pelas próprias mãos, passando-se à fase da composição econômica obrigatória, surgindo, por consequência, “as mais esdrúxulas tariffações”, podendo-se citar como exemplos os Códigos de Ur-Nammu, do Código de Manu e da Lei das XII Tábuas (2010a, p. 25).

A diferenciação entre a “pena” e a “reparação”, entretanto, de acordo com Carlos Roberto Gonçalves, somente começou a ser esboçada ao tempo dos romanos, com a distinção entre os delitos públicos (ofensas mais graves, de caráter perturbador da ordem) e os delitos privados. Nos delitos públicos, a pena econômica imposta ao réu deveria ser recolhida aos cofres públicos, e, nos delitos privados, a pena em dinheiro cabia à vítima (2010a, p. 25).

Registra Fernando Noronha que, até então, a responsabilidade civil permanecia absorvida pela penal, sendo que:

A total distinção entre ambas só se impôs muito mais tarde, quando, nos séculos que se sucederam à Idade Média (e em especial no século XVIII, ao tempo do Iluminismo que precedeu a Revolução Francesa) se assistiu à construção do Estado moderno. Foi só então que se assistiu à publicização da responsabilidade penal e à

privatização da responsabilidade civil. A partir daí foram reconhecidas a uma e outra as características ainda hoje aceitas [...]: uma é responsabilidade individual perante o Estado, sancionando, através da imposição de penas, aquelas infrações, tidas como particularmente graves, que ela tem por finalidade reprimir; a outra em princípio deve ficar circunscrita à sua função essencial, que é a reparação dos danos causados [...] (2013, p. 553-554).

O mencionado professor assevera que, em que pese a total publicização da responsabilidade penal e privatização da civil terem sido atingidas apenas em séculos recentes, é necessário observar que, paralelamente a essa evolução, processou-se outra, no sentido de trasmutar a regra da obrigatoriedade da reparação de todo dano causado, *“pela ideia segundo a qual as pessoas só deveriam ser obrigadas a indenizar quando tivessem procedido com culpa”* (2013, p. 554).

Nesse rumo, registra o aludido autor que a *lex Aquilia*, datada, provavelmente, do fim do século V de Roma (meados do século III a.C), ao criar um novo tipo de delito privado, chamado de *damnum injuria datum* (dano causado sem direito), trouxe a noção de culpa como condição para a obrigação de indenizar (2013, p. 555).

Sobre tal diploma normativo, Carlos Roberto Gonçalves assevera que, apesar da dúvida que ainda persiste sobre *“se a “injúria” a que se referia a Lex Aquilia no damnum injuria datum consiste no elemento caracterizador da culpa, não paira dúvida de que, sob o influxo dos pretores e da jurisprudência, a noção de culpa acabou por deitar raízes na própria Lex Aquilia”* (2010a, p. 25-26).

Fernando Noronha adverte, todavia, que, apesar do preceito da culpa estabelecido pela Lei Aquília, o direito romano nunca chegou a formular um princípio geral de obrigação de indenizar, permanecendo preso a um sistema casuístico por meio do qual a vítima somente faria jus à indenização nos casos expressamente previstos. Segundo o aludido professor, coube a Escola de Direito Natural (séculos XVII e XVIII) distinguir claramente as responsabilidades penal e civil, bem como estabelecer o conceito de ato ilícito, a partir do qual viria a assentar um novo princípio geral de responsabilidade civil (2013, p. 556-557).

Dessa forma, segundo o mencionado doutrinador, a escola jusracionalista *“teve o mérito de delinear o instituto da responsabilidade civil em termos modernos, como mera obrigação de reparar o dano”*, podendo advir do inadimplemento de negócios jurídicos, ou, ainda, da violação de deveres gerais, porém, em ambas as situações era uma obrigação decorrente de uma conduta censurável culposa. Registra Fernando Noronha, ainda, que tal

concepção foi sintetizada, no século XIX, no denominado “dogma da culpa”, passando para todos os Códigos Civis modernos, incluindo os brasileiros de 1916 e 2002 (2013, p. 557-558).

Por fim, imperioso observar que, segundo Maria Helena Diniz, a responsabilidade civil também evoluiu no que diz respeito ao fundamento, baseando-se o dever de reparação não mais somente na culpa. Sobre a questão, assevera:

A insuficiência da culpa para cobrir todos os prejuízos, por obrigar a perquirição do elemento subjetivo na ação, e a crescente tecnização dos tempos modernos, caracterizado pela introdução de máquinas, pela produção de bens em larga escala e pela circulação de pessoas por meio de veículos automotores, aumentando assim os perigos à vida e à saúde humana, levaram a uma reformulação da teoria da responsabilidade civil dentro de um processo de humanização. Este representa uma objetivação da responsabilidade, sob a ideia de que todo risco deve ser garantido, visando a proteção jurídica à pessoa humana, em particular aos trabalhadores e às vítimas de acidentes, contra a insegurança material, e todo dano deve ter um responsável (2013, p. 28).

Quanto aos atuais fundamentos da responsabilidade civil, maiores considerações serão feitas adiante, em item específico acerca da distinção entre responsabilidade subjetiva e objetiva. Assim, tecidos os comentários iniciais acerca do conceito, natureza jurídica e evolução da responsabilidade-jurídico civil, passar-se-á a tratar dos pressupostos para a sua configuração.

1.2 Pressupostos da responsabilidade civil

Ao analisar o enunciado normativo do artigo 186 do Código Civil de 2002, Carlos Roberto Gonçalves aponta quatro pressupostos da responsabilidade civil, chamados por ele, também, de “elementos essenciais”: ação ou omissão, culpa ou dolo do agente, relação de causalidade e dano sofrido pela vítima. Faz, entretanto, o doutrinador, a ressalva de que *“nosso direito positivo admite, em hipóteses específicas, alguns casos de responsabilidade sem culpa: a responsabilidade objetiva, com base especialmente na teoria do risco, abrangendo também casos de culpa presumida”* (2010a, p. 53).

Há quem entenda, todavia, serem três os pressupostos da responsabilidade civil. É o caso de Maria Helena Diniz, que aponta como pressupostos a ação comissiva ou omissiva, o

dano e, por fim, o nexo de causalidade entre o dano e ação (2013, p. 55). Para ela, a culpa e o risco apresentam-se como fundamentos da responsabilidade (2013, p. 53).

Parece mais adequada, entretanto, a lição de Leonardo Viera e Santos, o qual afirma que, da exegese dos artigos 186 e 927 do Código Civil de 2002, tem-se que tanto a prática de ato ilícito quanto a culpa não são pressupostos da responsabilidade civil. Apresenta, para tal entendimento, a seguinte justificação:

Ora, levando em conta que o parágrafo único do art. 927 do CC/02 prevê expressamente a “obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem” e tendo em vista que se entende “pressuposto” como os “fatos e condições” sempre ocorrentes, constata-se que no Brasil, necessariamente, o ato ilícito e a culpa são, apenas, elementos incidentais da responsabilidade civil (2008, p. 41).

Para o referido autor, a imputação de responsabilidade, chamada por Aguiar Júnior de “fator de atribuição da responsabilidade” (1995, p. 34), engloba a noção de culpa ou de risco, a depender de como venha a ser a subsunção do caso concreto à cláusula geral do art. 927 do CC/02. Assim, entende-se que há quatro pressupostos da responsabilidade civil: a conduta humana, o dano, o nexo de causalidade e o “nexo de imputação” (2008, p. 42).

Partindo-se dessa última ideia, adequada uma explanação mais detida de cada um dos pressupostos.

1.2.1 Conduta humana

Segundo Leonardo Vieira Santos, a expressão “conduta” é mais abrangente do que os vocábulos “ato” ou, ainda, “ação”. Para ele, a conduta humana aborda a ação ou omissão de certa pessoa que venha a acarretar o dano. Enfatiza que *“somente interessa a conduta do ser humano, porque apenas este poderá ser responsabilizado, ainda que de forma indireta, como em situações em que os danos advêm diretamente de animais ou coisas”* (2008, p. 42-43).

Nessa mesma linha, em que pese utilizar o vocábulo “ação” em vez de “conduta humana”, tem-se o seguinte conceito definido por Maria Helena Diniz:

A ação, elemento constitutivo da responsabilidade, vem a ser o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiro, ou o fato do animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado (2013, p. 56).

Especificamente quanto às condutas omissivas, alerta a doutrina que a responsabilidade civil por omissão ocorre nos casos em que há dever jurídico de agir por parte do omitente. Isso porque, segundo Cavalieri Filho, a omissão *“como pura atitude negativa, a rigor não pode gerar, física ou materialmente, o dano sofrido pelo lesado, porquanto do nada nada provém”* (2012, p. 25).

Nesse rumo, ensina Carlos Roberto Gonçalves que o aludido dever jurídico de agir, isto é, de não se omitir, pode advir da lei, como é o caso do dever de prestar socorro às vítimas de acidente imposto aos condutores de veículos (art. 176, I, Código de Trânsito Brasileiro), bem como pode resultar de convenção, como ocorre nos casos de dever de guarda, de vigilância e de custódia e, até mesmo, da criação de alguma situação de perigo (2010a, p. 59).

1.2.2 Dano

O dano é, consoante ensina Sergio Cavalieri Filho, *“a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como sua honra, a imagem, a liberdade, etc.”* (2012, p. 77).

Pode-se afirmar que este é o pressuposto da responsabilidade civil que “salta aos olhos”, tendo em vista o próprio conceito do vocábulo “indenizar”, que, nas palavras de Silvio Rodrigues, significa *“ressarcir o prejuízo, ou seja, tornar indene a vítima, cobrindo todo o dano por ela experimentado”* (2008, p. 185).

Quanto à cobertura de todo o dano experimentado pela vítima, faz o aludido doutrinador a seguinte observação:

A ideia de tornar indene a vítima se confunde com o anseio de devolvê-la ao estado em que se encontrava antes do ato ilícito. Todavia, em numerosíssimos casos é impossível obter-se tal resultado, porque do acidente resultou consequência irremovível. Nessa hipótese, há que se recorrer a uma situação postíça, representada

pelo pagamento de uma indenização em dinheiro. É um remédio nem sempre ideal, mas o único de que se pode lançar mão (2008, p. 186).

Conforme exposto, o dano pode afetar bem jurídico patrimonial ou moral. Faz a doutrina, neste âmbito, a divisão dos danos em patrimoniais ou materiais, que abrangeriam o dano emergente e o lucro cessante, consoante o indicado pelo Código Civil (artigos 402 e 403) e em extrapatrimoniais ou morais.

Sobre o tema, Leonardo Viera Santos explica que em momento anterior à Constituição Federal de 1988, alguns autores perseveravam em conceituar o dano atrelando-o tão somente ao viés patrimonial, seguindo a linha defendida pela “teoria da diferença”. Explicita o referido doutrinador que a Carta Magna de 1988, entretanto, adotou a chamada “teoria do interesse”, sepultando “*a discussão em torno do cabimento da indenização do dano moral*”, o que foi ratificado pelo próprio Código Civil de 2002 em seu art. 186 (2008, p. 44).

Se as divergências cessaram no que diz respeito ao dano moral, o mesmo não se pode falar do chamado dano estético. O atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça, inclusive normatizado (Súmula 387), é o de que o dano estético é algo distinto do dano moral, podendo-se cumular as indenizações.

Consoante sintetiza Sergio Cavalieri Filho, para o Superior Tribunal, o dano estético corresponde a uma alteração morfológica de formação corporal que agride à visão, gerando desgosto e repulsa, sendo, portanto, visível, concretizado na deformidade; o dano moral, por sua vez, na visão do Tribunal, diz respeito ao sofrimento mental, à dor na alma, à aflição e à angústia a que a vítima é submetida, sendo, pois, de ordem puramente psíquica, pertencente ao foro íntimo (2012, p. 114).

Em que pese explicitar tal posicionamento, o mencionado jurista não concorda com a ideia, afirmando, categoricamente que:

Embora tenha acolhido esse entendimento como julgador para evitar desnecessários recursos especiais, em sede doutrinária continuo convicto de que o dano estético é modalidade do dano moral e que tudo se resume a uma questão de arbitramento. Em razão da sua gravidade e da intensidade do sofrimento, que perdura no tempo, o dano moral deve ser arbitrado em quantia mais expressiva quando a vítima sofre deformidade física (2012, p. 114).

O entendimento de que o dano estético estaria compreendido no dano moral parece que também é encontrado na obra de Maria Helena Diniz, quando assevera que “*a lesão*

estética, em regra, constitui, indubitavelmente, um dano moral que poderá ou não constituir um prejuízo patrimonial. (...) Esse dano moral será maior ou menos extenso conforme o sexo, idade, condição social do lesado etc.”. (2013, p. 99).

Nessa mesma linha, entende Leonardo Vieira Santos que o fundamento de que a indenização deva ser a mais ampla possível não justifica o surgimento de uma terceira categoria de dano, qual seja, a do estético. Exemplificando com um caso de erro médico, afirma que *“basta que o valor da condenação do esculápio que impôs sofrimentos desnecessários durante o ato médico mas não gerou deformidades seja menor do que a do galeno que deu ensejo ao sofrimento duplo”* (2008, p. 45).

1.2.3 Nexo de causalidade

O nexo de causalidade é apresentado, de forma sintética, por Silvio Rodrigues, o qual assevera que se trata da *“relação de causalidade entre o ato do agente, de seu preposto, da coisa inanimada que tem sob sua guarda e o prejuízo sofrido pela vítima”*. Não faz o mencionado autor, todavia, explanação acerca das teorias que explicam o nexo causal (2008, p. 163). Tal explanação também não é encontrada na obra de Maria Helena Diniz, a qual apresenta a noção de nexo de causalidade, distinguindo-a da ideia de imputabilidade, bem como os seus motivos excludentes (2013, p. 129-137).

De acordo com Sergio Cavalieri Filho, o conceito aqui tratado não é jurídico, advém das leis naturais. Trata-se, segundo ele, do estabelecimento de uma ligação entre determinado comportamento e um evento, que permite concluir, com base nas leis naturais, se a ação ou omissão do agente foi ou não causa do dano. Nesse sentido, tem-se que o resultado surge como consequência natural da voluntária conduta do agente (2012, p. 49).

O aludido posicionamento, entretanto, é rechaçado por doutrinadores como Leonardo Vieira Santos, o qual entende que não é possível sustentar que a conduta omissiva seja encarada como causa sob o prisma naturalístico, tendo em vista que, seguindo-se as leis da natureza, a omissão não causa nada. Ademais, de acordo com o referido doutrinador, *“a simples existência de teorias a respeito do nexo causal e a singela constatação de que não há consenso em torno delas já deixa entrever a natureza jurídica e não naturalística do tema ora enfocado”*. (2008, p. 47-48).

Pode-se dizer que ganham destaque na doutrina três teorias explicativas do nexo de causalidade, quais sejam: a) teoria da equivalência dos antecedentes ou de condições; b) teoria da causalidade adequada; c) teoria da causalidade direta ou imediata.

Alerta Sergio Cavalieri Filho, desde logo, que nenhuma teoria apresenta “*soluções prontas e acabadas*” para a totalidade dos problemas acerca do nexo causal, ponderando que elas fornecem um raciocínio lógico, mas que o julgador deve atentar-se aos princípios da probabilidade, da razoabilidade, do bom-senso e da equidade (2012, p. 50).

Tecidos os comentários iniciais acerca deste pressuposto da responsabilidade civil, passa-se a enfrentar as três principais teorias que o explicam.

1.2.3.1 Teoria da equivalência de condições

Fernando Noronha assevera que a teoria da equivalência de condições ou da *condicio* (ou *conditio*) *sine qua non* ou, ainda, da causalidade naturalística é bastante antiga, porém, somente foi devidamente desenvolvida no século XIX pelo criminalista alemão von Buri, quando pretendia explicar por que motivo o cúmplice pode ser considerado responsável pelo delito praticado pelo autor (2013, p. 614).

Consoante lição de Sergio Cavalieri Filho, a própria nomenclatura desta teoria, a qual é por ele denominada de “teoria da equivalência dos antecedentes”, indica não haver distinção entre causa (aquilo que uma coisa depende quanto à existência) e condição (o que possibilita à causa produzir seus efeitos positivos ou negativos) (2012, p. 50). Segundo o aludido jurista:

Se várias condições concorrem para o mesmo resultado, todas têm o mesmo valor, a mesma relevância, todas se equivalem. Não se indaga se uma delas foi mais ou menos eficaz, mais ou menos adequada. Causa é ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido, sem distinção de maior ou menor relevância que cada uma teve. Por isso, essa teoria é também chamada da *conditio sine qua non*, ou da equivalência das condições (2012, p. 50-51).

Para se verificar se determinada condição é causa, segundo o mencionado jurista, deve-se eliminá-la mentalmente, por meio de um processo hipotético. Se, com a eliminação, o resultado desaparecer, a condição será causa, porém, se persistir, não o será (2012, p. 51). Nessa linha, afirma Leonardo Vieira Santos que, existindo multiplicidade de causas, todas

elas serão relevantes para a configuração do nexos de causalidade, desde que sem elas o resultado danoso não ocorresse (2008, p. 48).

O citado autor destaca ter sido tal teoria adotada pelo Código Penal Brasileiro, em seu artigo 13, que apresenta a seguinte redação: “*considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido*” (2008, p. 48).

Esta teoria, contudo, é criticada por ser demasiadamente ampla, abordando situações que têm ligação bastante remota com o dano. Neste ponto, assevera Carlos Roberto Gonçalves que ela “*pode conduzir a resultados absurdos dentro do direito*” (2010a, p., 351).

Ao oferecer um exemplo de flagrante erro médico, o do esquecimento de uma compressa no organismo do paciente após uma cirurgia, Leonardo Vieira Santos assevera que, seguindo-se os ensinamentos da teoria da equivalência de condições, poder-se-ia responsabilizar o fabricante de tal compressa pelos danos havidos, tendo em vista que, se ela não tivesse sido fabricada, não poderia ter sido esquecida (2008, p. 49).

O aludido autor continua sua explanação nos seguintes termos:

Amplie-se o exemplo acima mencionado e os pais do galeno que conduziu o ato cirúrgico poderiam também ser responsabilizados, já que este só cometeu o erro porque lhe foi dada a oportunidade de nascer. Seriam responsáveis, outrossim, os professores que alfabetizaram o facultativo, uma vez que este só logrou êxito no vestibular de medicina porque sabia ler e escrever. Posto isto, salta aos olhos que a teoria sob análise possibilitaria infundáveis especulações deste jaez, dotando a causalidade de incomensurável abrangência, o que “poderia levar a sua investigação ao infinito” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2003, p. 98) (2008, p. 49).

Diante de tais considerações, verifica-se que utilização da teoria da equivalência de condições para se perquirir a causa de um dano a ser indenizado não se mostra viável, tendo em vista a inclusão de condições bastante longínquas do dano em si considerado, o que cria, em última análise, um contexto de profunda insegurança.

Nesse rumo, a presente teoria não foi acatada pelo Código Civil de 2002, consoante assevera Fernando Noronha. Explica este doutrinador que, a partir da verificação de que nem todas as condições de um dano podem ser consideradas suas causas, “*os juristas passaram a procurar formas de delimitar aquelas que deveriam ser tidas como relevantes. Alguns códigos seguiram o mesmo caminho, estabelecendo normas que pudessem orientar os juízes. Foi o que fez o nosso, com o art. 403*” (2013, p. 619).

Segundo o referido jurista, tal artigo, referente à responsabilidade derivada do inadimplemento de negócios jurídicos, foi o único do Código em que se tentou regular a matéria da causalidade e, ao dispor que *“Ainda que a inexecução derive de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato”*, afastou, claramente, a teoria da equivalência de condições (2013, p. 619).

1.2.3.2 Teoria da causalidade adequada

Ao abordar este tema, ensina o doutrinador Fernando Noronha que, na procura de uma explicação mais apropriada aos comandos jurídicos, tal como aparecem na vida real, é que se insere esta segunda teoria, que busca *“resolver o problema em termos de razoabilidade e de previsibilidade do dano, considerando o curso ordinário das coisas”*. Segundo o citado doutrinador, esta teoria, cujas linhas dizem terem sido desenhadas por von Kries, filósofo alemão, ao final do século XIX, desenvolveu-se sobretudo a partir de Rumelin e Träger (2013, p. 627).

A teoria da causalidade adequada, de acordo com Sergio Cavalieri Filho, toma como causa o antecedente necessário e adequado à produção do resultado, de sorte que se várias condições concorrerem para determinado resultado, nem todas serão consideradas causas, mas apenas aquela que for a mais adequada à produção do dano (2012, p. 51).

Explica Fernando Noronha que a teoria da causalidade adequada tem como ponto de partida a observação do que comumente ocorre na vida (*id quod plerumque accidit*) e assevera que uma condição deve ser tida como causa de um dano quando, segundo o curso normal das coisas, poderia produzi-lo. Tal condição seria, então, a causa adequada do dano; as demais condições, por sua vez, seriam circunstâncias não causais (2013, p. 627).

Tem-se, assim, que, na teoria da causalidade adequada, além de se verificar uma relação de condicionalidade, encontra-se também uma relação de adequação, que irá existir quando se puder afirmar que o dano é consequência normalmente previsível do fato que estiver em causa – o que será determinado mediante uma prognose retrospectiva (2013, p. 627).

Sobre a questão, assevera:

É prognose, porque constitui tentativa de adivinhar, a partir de um determinado fato, o que pode vir a acontecer como sua consequência; essa prognose é retrospectiva, porque o exercício é feito depois de já se saber o que efetivamente aconteceu. Nesse exercício de prognose retrospectiva, o observador coloca-se no momento anterior àquele em que o fato ocorreu e tenta prognosticar, de acordo com as regras da experiência comum, se era normalmente previsível que o dano viesse a ocorrer. Se concluir que o dano era imprevisível, a causalidade ficará excluída. Se concluir que era previsível, como consequência do fato praticado, mesmo que estatisticamente não fosse muito provável que viesse a ocorrer, a causalidade será adequada.

Nessa prognose retrospectiva, só se consideram os efeitos abstratos que, a partir do fato em causa, possam ser tidos como previsíveis. Se os efeitos concretos, efetivamente verificados, estiverem em conformidade com tais efeitos abstratos, existirá nexo de causalidade. (2013, p. 627-628)

Fernando Noronha ressalta, ainda, que a orientação prevalente é a de que a causa adequada é aquela que, segundo as regras de experiência, não é estranha à produção do dano, isto é, não é indiferente ao surgir o dano. Trata-se, de acordo com o doutrinador, de uma formulação negativa da teoria da causalidade adequada, que diverge da positiva no sentido de que esta tem como adequada a causa que favorece a produção do dano. Nesse rumo, *“em vez de se caracterizar a adequação, diz-se o que é causa inadequada: nesta formulação, a causalidade só fica excluída quando se trate de consequências indiferentes ao fato, estranhas ou extraordinárias”* (2013, p. 628-629).

Sob a ótica do direito brasileiro vigente, para o citado doutrinador, parece ser a teoria da causalidade adequada a que proporciona uma interpretação mais razoável do art. 403. Afirma que a expressão nele contida, a de *“efeito direto e imediato”*, somente almeja pôr um limite à cadeia de consequências que poderiam ser indenizáveis, consoante a teoria da equivalência de condições. Aduz, por fim, que este posicionamento encontra respaldo, ainda, no art. 335 do Código de Processo Civil, o qual estabelece que, na falta de normas particulares, *“o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece”* (2013, p. 636).

De acordo com Rafael Peteffi da Silva, pela teoria da causalidade adequada, buscam-se, entre as variadas causas do dano, aquelas que oferecem a possibilidade objetiva do resultado (2009, p. 24). Segundo o mencionado autor, tal teoria utiliza o conceito de probabilidade, isto é, apenas são consideradas adequadas as condições necessárias que, em regra, poderiam causar certo dano. Alerta o aludido doutrinador, contudo, parafraseando Couto e Silva (1997, p. 195), que tal análise deve ser efetuada em *“face da situação concreta”* e não de forma abstrata (2009, p. 25).

Leonardo Viera Santos registra, neste particular, que apesar de a teoria da causalidade adequada encontrar ardorosos defensores, atrai críticos, como Gagliano e Pamplona Filho, os quais afirmam que tal teoria admite um elevado grau de discricionariedade do julgador quando avalia, em abstrato e conforme o caminho normal das coisas, se o fato pode ser tido como causa. O primeiro autor, todavia, assevera que tal característica não pode ser vista como inconveniente, sobretudo quando o Código Civil está preenchido por diversas cláusulas gerais (2008, p. 51-52).

1.2.3.3 Teoria dos danos diretos e imediatos

Esta terceira teoria, na visão de Carlos Roberto Gonçalves, é uma fusão das duas teorias anteriormente apresentadas, sendo uma posição intermediária. Segundo o aludido civilista, ela requer a existência, entre a conduta e o dano, de uma relação de causa e efeito direta e imediata, de sorte que cada agente responde apenas pelos danos que resultam direta e imediatamente, ou seja, proximamente, de sua conduta (2010a, p. 350-351).

Ao tratar do disposto pelo art. 403 do Código Civil, Sergio Cavalieri Filho assevera:

Com base nesse dispositivo, boa parte da doutrina e também da jurisprudência sustenta que a teoria da causalidade direta ou imediata acabou positivada, teoria essa que, em sua formulação mais simples, considera como causa jurídica apenas o evento que se vincula diretamente ao dano, sem a interferência de outra condição sucessiva. Embora o art. 403 fale em inexecução, o que é próprio da responsabilidade contratual, está consolidado o entendimento de que também se aplica à responsabilidade extracontratual (2012, p. 54)

Registra o aludido doutrinador, neste ponto, que a expressão “*efeito direto e imediato*” não indica a causa cronologicamente mais ligada ao evento, temporalmente mais próxima, mas sim aquela que foi a mais direta, a mais determinante segundo o curso natural e ordinário das coisas (2012, p. 54). Percebe-se, aqui, que, ao explicar a letra do referido artigo, o citado autor utiliza os fundamentos da teoria da causalidade adequada.

Carlos Roberto Gonçalves, ao abordar a intenção do legislador quando da elaboração do referido preceito legal, tem entendimento semelhante ao de Fernando Noronha, registrado no item anterior, no sentido de repugnar a sujeição do autor do dano a todas as nefastas consequências do seu ato, quando já não ligadas a ele diretamente (2010a, p. 352-353).

Consoante preconiza Rafael Peteffi da Silva, as maiores dificuldades que se impõem no tema nexa causal estão profundamente ligadas às hipóteses de causalidade múltipla, geralmente denominadas de concausas, as quais, segundo lição de Agostinho Alvim (1995, p. 366), podem ser sucessivas: *“danos sucessivos, o último dos quais só se explica pelos seus antecedentes; ou concomitantes: um só dano, ocasionado por mais de uma causa”* (2009, p. 27).

Sobre a questão, Rafael Peteffi da Silva assevera que é normal que concausas concomitantes *“se consubstanciem em suporte fático da norma contida no art. 942 do Código Civil”*, o qual dispõe que se o dano tiver mais de um autor, todos responderão de forma solidária pela reparação (2009, p. 27). Traz o referido autor, ainda, lição de Agostinho Alvim (1995, p. 368), o qual assevera que a maior dificuldade para definir a causa direta e imediata diz respeito ao exame das concausas sucessivas, a exemplo da situação em que *“um paciente é operado sem a observância das regras de assepsia e tem o seu estado de saúde agravado. Posteriormente, um segundo médico, visando solucionar os problemas acarretados na cirurgia, prescreve tratamento equivocado, vindo o doente a falecer”* (2009, p. 30).

Registra Rafael Peteffi da Silva, ainda, lição de Agostinho Alvim, o qual salienta que *“a expressão ‘direto e imediato’ significa o nexa causal necessário”* (1995, p. 384), sendo que a possibilidade de indenização de dano remoto ocorrerá quando para seu aparecimento não concorreu nenhuma outra causa, ou seja, nos casos de absoluta ligação entre a primeira causa e o último dano (1995, p. 389-390) (2009, p. 31).

Nesse rumo, pondera o citado autor que, em grande parte dos casos nos quais é possível imaginar ou comprovar outras causas supervenientes e eficazes para a causação do dano, o liame entre a causa anterior e o prejuízo final passa a desaparecer, manchando inevitavelmente o *“seu caráter de adequação”*, tendo em vista que outras causas se apresentam como mais adequadas. Assim, conclui o referido autor que o exame de adequação causal guarda íntima relação com o exame da causa direta e imediata (2009, p. 40).

Registre-se, por fim, as observações feitas pelo mencionado doutrinador no sentido de que a utilização das teorias tradicionais acerca do nexa de causalidade já não se revela adequada para que o princípio solidarista, consagrado na Constituição Federal, tenha efetividade. Segundo este autor, as novas realidades social, econômica e tecnológica requerem reformas dogmáticas nas velhas instituições. De acordo com o aludido doutrinador, para a resolução de casos envolvendo o encadeamento de causas e consequências não objetivamente

constatáveis, necessita-se “*contar com uma visão alternativa do nexo de causalidade*” (2009, p. 46), o que se dá por meio da instituição de presunções, encontrando sua aplicação mais incisiva nos casos de responsabilidade coletiva ou de grupos (2009, p. 47), e também por meio do conceito de causalidade parcial, usado para verificar a proporção de causalidade entre ação ou omissão do agente e o dano final (2009, p. 49), ambos abordados no estudo da responsabilidade pela perda de uma chance.

Desse modo, feitas as considerações acerca do nexo de causalidade, passa-se ao estudo do último pressuposto da responsabilidade civil.

1.2.4 Nexo de imputação

Este quarto pressuposto da responsabilidade civil, na visão de Leonardo Vieira Santos, é ideia “*imprescindível para os que desejem tratar da moderna teoria geral da responsabilidade civil, que não mais se encontra restrita à culpa*”. Afirma o autor, sobre a questão, que, para ser submetido ao dever de indenizar, o agente, além de ter sido o causador do dano, deverá ter em seu desfavor um fator de atribuição, podendo este ser a culpa ou a simples determinação legal, a exemplo dos casos de responsabilidade envolvendo ato lícito (2008, p. 57).

Faz Maria Helena Diniz uma breve distinção entre imputabilidade e nexo de causalidade. Segundo a mencionada doutrinadora, o primeiro conceito diz respeito a elementos subjetivos e o segundo, por sua vez, está relacionado a elementos objetivos, “*consistentes na ação ou omissão do sujeito, atentatória do direito alheio, produzindo dano material ou moral*” (2013, p. 131).

Para Fernando Noronha, o nexo de imputação:

[...] é o fundamento, ou a razão de ser da atribuição da responsabilidade a uma determinada pessoa, pelos danos ocasionados ao patrimônio ou à pessoa de outra, em consequência de um determinado fato antijurídico. É o elemento que aponta o responsável, estabelecendo a ligação do fato danoso com este. Em regra o fundamento de tal imputação é uma *atuação culposa*. Excepcionalmente poderá haver *imputação pelo risco* (2013, p. 495-496).

Ensina o aludido professor que, independentemente do fundamento que deva prevalecer, cumpre reconhecer que, se não existir um nexo de imputação, não surgirá para o agente a obrigação de indenizar. Pondera o doutrinador, ainda, que neste tema, a regra geral é a de que, em princípio, quem suporta o prejuízo é o proprietário da coisa danificada ou a pessoa que sentiu o dano físico-psíquico, nos termos das expressões romanas “*casum sentit dominus*” ou “*res perit domino*” (2013, p. 459).

Assim, feitas as considerações sobre o nexo de imputação, registre-se que os fundamentos atuação culposa e risco serão mais bem analisados em tópico posterior, o qual tratará da divisão entre responsabilidade subjetiva e objetiva.

1.3 Excludentes da responsabilidade civil

Inicialmente, forçoso observar que o termo “excludentes da responsabilidade” não pode ser tido como sinônimo da expressão “excludentes de causalidade”. Em que pese Sergio Cavalieri Filho afirmar que as causas de exclusão do nexo causal são também chamadas de exclusão de responsabilidade – o que está correto, tendo em vista ser o nexo causal um pressuposto da responsabilidade civil –, Leonardo Vieira Santos adverte que as excludentes de responsabilidade “*não necessariamente se confundem com as excludentes de causalidade ou, ainda, com as excludentes de ilicitude*” (2008, p. 58).

De acordo com o mencionado autor, as excludentes de ilicitude são situações em que, apesar de haver causa do evento danoso, a lei exclui a ilicitude da conduta do agente, podendo existir ou não o dever de indenizar. Conforme art. 188 do Código Civil, são excludentes de ilicitude a legítima defesa, o exercício regular de um direito reconhecido, o estado de necessidade e, segundo o citado doutrinador, implicitamente, o estrito cumprimento de dever legal (2008, p. 59).

Nessa linha, conclui o referido doutrinador que apenas o estado de necessidade, quando o dano for imposto a indivíduos que não sejam “culpados do perigo”, não possui o condão de afastar o dever de indenizar, nos termos do art. 929 do mesmo diploma legal, sendo que as demais situações elencadas atuam tanto como excludente de ilicitude quanto de responsabilidade, afastando o dever de indenizar (2008, p. 60).

Superadas tais advertências acerca da nomenclatura, passa-se a tratar especificamente das causas de exclusão do nexo causal. Segundo lição de Sergio Cavalieri Filho, tais causas

isentam de responsabilidade o agente aparentemente causador do dano e ocorrem nas seguintes hipóteses: caso fortuito e força maior, fato exclusivo da vítima ou de terceiro (2012, p. 68). Silvio Rodrigues acrescenta a tais hipóteses, ainda, a chamada cláusula de não indenizar (2008, p. 164).

O chamado fato exclusivo da vítima é também denominado por alguns autores como “culpa exclusiva da vítima”, a exemplo de Carlos Roberto Gonçalves (2010a, p. 353) e de Silvio Rodrigues (2008, p. 164). Sobre o tema, assevera este último autor que o dano pode derivar de culpa exclusiva ou concorrente da vítima, sendo que, *“no primeiro caso desaparece a relação de causa e efeito entre o ato do agente causador do dano e o prejuízo experimentado pela vítima; no segundo, sua responsabilidade atenua (...)”* (2008, p. 165).

Parece mais adequada, todavia, a nomenclatura defendida por Sergio Cavalieri Filho, pois, segundo ele, o problema gira em torno do nexos de causalidade e não da culpa, tendo em vista que, para fins de interrupção do nexos causal, suficiente é que o comportamento da vítima constitua o fato decisivo do evento (2012, p. 69).

Sobre o fato exclusivo da vítima, ensina Silvio Rodrigues que:

[...] o agente que causa diretamente o dano é apenas um instrumento do acidente, não se podendo, realmente, falar em liame de causalidade entre seu ato e o prejuízo por aquela experimentado. [...]
Se a vítima, querendo suicidar-se, lançou-se sob as rodas do veículo, sua é toda a culpa pelos ferimentos que experimentou e decerto será vencida na ação de responsabilidade que eventualmente intentar (2008, 165-166).

Cumpramos observar que o próprio Código de Defesa do Consumidor, em seus arts. 12, § 3º, III e 14, § 3º, III, incluiu expressamente esta hipótese de excludente do nexos de causalidade e, conseqüentemente, da responsabilidade do fornecedor.

No tocante ao fato de terceiro, Silvio Rodrigues fixa o sentido do termo “terceiro” como sendo *“somente aquele por quem o indigitado não responde”*, asseverando que, nos casos em que o dano resulta de fato praticado por preposto, filhos, pupilos, curatelados, não há exoneração da responsabilidade do apontado como causador do dano (2008, p. 169).

Sergio Cavalieri Filho assevera que, nesta hipótese, o ato de terceiro é causa exclusiva do evento, impedindo qualquer relação de causalidade entre a conduta do autor aparente e a vítima. Ressalta o mencionado doutrinador que, em tais situações, consoante posição dominante, o fato de terceiro equipara-se ao caso fortuito ou força maior, uma vez que

representa causa estranha à conduta do agente aparente, de caráter imprevisível e inevitável (2012, p. 69-70).

Registre-se que o Código de Defesa do Consumidor previu, expressamente, também esta causa de exclusão do nexo causal, nos termos dos arts. 12, § 3º, III e 14, § 3º, II.

Tem-se, ainda, como excludente do nexo de causalidade o caso fortuito e força maior. O art. 393, *caput* e parágrafo único, inserido em título que trata do inadimplemento das obrigações, dispõe que “*o devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado*”, sendo que “*o caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir*”.

Sergio Cavalieri Filho observa que, apesar de ser consenso que tanto o caso fortuito quanto a força maior estão desvinculados da culpa, até o presente não se chegou a um entendimento uniforme sobre o conceito de cada um. Para o citado autor, o caso fortuito diz respeito a evento imprevisível e, por esta razão, inevitável; a força maior, por sua vez, corresponde a evento inevitável, ainda que previsível, uma vez que se trata de fato superior às forças do agente, como o que ocorre com as tempestades, enchentes (2012, p. 71-72).

Adverte o mencionado jurista, neste ponto, que se entende por imprevisibilidade a específica, relativa a um fato concreto “*e não a genérica ou abstrata de que poderão ocorrer assaltos, acidentes, atropelamentos etc., porque se assim não for tudo passará a ser previsível*” (2012, p. 71). Ademais, pondera que a inevitabilidade, por seu turno, deve ser vista dentro de certa relatividade, tomando-se o acontecimento como inevitável “*em função do que seria razoável exigir-se*” (2012, p. 72).

Segundo o professor Fernando Noronha, para que um acontecimento que se pretenda caracterizar como caso fortuito ou de força maior possa ser considerado inevitável ele deve apresentar-se como fato externo, irresistível e normalmente imprevisível (2013, p. 653). Sobre o tema, ensina que:

As características da irresistibilidade e da imprevisibilidade são importantes, mas a nosso ver não são suficientes para caracterizar o caso fortuito ou de força maior. A elas há que acrescentar um terceiro requisito, que é enfatizado sobretudo na doutrina e na jurisprudência francesas: a *externidade*. Se este requisito não estiver presente, não poderemos considerar um fato como sendo verdadeiramente inevitável. E que há fatos que são imprevisíveis e irresistíveis, mas que, devido à circunstância de estarem ligados à atividade desenvolvida por uma pessoa e só acontecerem devido a

ela, não podem ser considerados inevitáveis: se a pessoa se abstivesse de atuar, elas não se verificariam.

Por isso, pelo menos no âmbito da responsabilidade civil em sentido estrito, a externidade, apesar de normalmente não indicada, parece ser requisito essencial. Existem fatos que preenchem os requisitos da imprevisibilidade e da inevitabilidade e que, apesar disso, não excluem o nexo de causalidade. Cada pessoa tem uma esfera jurídica, maior ou menor, dentro da qual atua, que está sob o seu controle, que em regra utiliza em seu proveito, devendo ser responsável pelos fatos que acontecerem no seu âmbito. Não se pode considerar inevitável aquilo que acontece dentro da esfera pela qual a pessoa é responsável e que certamente não aconteceria se não fosse a atuação. Se o fato causador do dano não é externo, poderia ser sempre evitado, para isso bastando a não realização da atividade em cujo decurso ele surge. Nestes casos, o dano ainda é resultante da atuação da pessoa, mesmo que esta esteja isenta de qualquer juízo de censura (2013, p. 655).

Exemplificando, o mencionado doutrinador assevera que, na eventualidade de acidente, a quebra na barra de direção de veículo ou o vazamento de óleo no sistema de freios, não serão tidas como situações de caso fortuito ou de força maior, assim como não o será o mal súbito que acometa o motorista de veículo, para efeitos de exclusão da responsabilidade da empresa, tendo em vista que o condutor *“ainda é peça fundamental da atividade desta”* (2013, p. 655).

Registre-se que o Código de Defesa do Consumidor não tratou expressamente do caso fortuito ou força maior como excludentes da responsabilidade civil. Contudo, consoante assevera Leonardo Vieira Santos, a posição mais razoável é a de inseri-las também no âmbito consumerista, não havendo por que desconsiderá-las, *“já que o CDC não adotou a teoria do risco agravado, pois se assim o fosse teria expressamente tirado destas tradicionais excludentes de responsabilidade o efeito a elas inerente, ou seja, a exclusão do dever de indenizar”* (2008, p. 65).

Por fim, tem-se a chamada cláusula de não indenizar, excludente de responsabilidade que atua no âmbito da responsabilidade contratual. Consoante lição de Silvio Rodrigues, tal cláusula é uma estipulação por meio da qual uma das partes contratantes declara, com a anuência da outra, que não responderá pelo dano por esta sofrido, advindo da inexecução ou da execução inadequada de um contrato, dano que, sem esta cláusula, deveria ser ressarcido pelo estipulante (2008, p. 179).

Sobre a referida excludente do dever de indenizar, Maria Helena Diniz assevera que, para ser dotada de validade, imprescindível a bilateralidade do seu consentimento. Ademais, esclarece que tal cláusula não poderá eximir o dolo do estipulante e, ainda, somente tem eficácia se corresponder a uma vantagem também ao outro contratante. Ressalva a aludida

doutrinadora, entretanto, que “o Código de Defesa do Consumidor não admite sua estipulação em relações de consumo (arts. 24, 25 e 51)” (2013, p. 137).

1.4 Classificações da responsabilidade civil

1.4.1 Responsabilidade subjetiva e objetiva

A mais importante das classificações possíveis, segundo Fernando Noronha, é estabelecida conforme o fundamento da obrigação de indenizar, consubstanciado em dois princípios ético-jurídicos antagônicos: os princípios da culpa e do risco. De acordo com o referido professor, nas situações em que há a prevalência do primeiro, tem-se a responsabilidade subjetiva ou culposa; nos casos em que há o predomínio do segundo, por outro lado, tem-se a responsabilidade objetiva ou pelo risco (2013, p. 508).

Segundo o aludido doutrinador, a responsabilidade denominada subjetiva, culposa, por atos ilícitos ou, ainda, aquiliana é a obrigação de reparar danos gerados por ações ou omissões intencionais (dolosas) ou negligentes, imprudentes ou imperitas (culposas), que afetem direitos alheios. Para ele, “a responsabilidade nasce de atos ilícitos, que são ações ofensivas de direitos alheios, proibidas pela ordem jurídica e imputáveis a uma pessoa de quem possa se afirmar ter procedido culposamente, ou mesmo de forma intencional” (2013, p. 508).

Nesse rumo, de acordo com a chamada teoria clássica, a culpa é fundamento da responsabilidade, compreendida no nexo de imputação, de sorte que a prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Nesse rumo, o causador do dano somente será responsabilizado se agiu com dolo ou culpa em sentido estrito.

Verifica-se que o Código Civil de 2002 inseriu a teoria subjetiva nos artigos 186 e 927. O primeiro deles assevera que as ações ou omissões, dolosas ou decorrentes de culpa, que violem direitos de outrem, constituem atos ilícitos. O segundo deles, por seu turno, adverte que a pessoa que, por ato ilícito, causar dano a outrem, terá a obrigação de repará-lo.

A ideia de culpa tem suas raízes no Direito Romano, o qual serviu de inspiração para o Código de Napoleão de 1804. Sobre a sua história, Leonardo Viera Santos, parafraseando Cabral (2011, p. 58), alerta para a circunstância de que o Direito Romano estendeu-se por quase um milênio e meio, dividindo-se em três fases, durante as quais o conceito de culpa

passou por transformações. A ideia atualmente em voga, segundo o referido autor, encontra suas verdadeiras raízes na ideia de culpa vigente durante a terceira e última fase do Direito Romano (a partir do Século terceiro d.C.), sendo valioso observar que durante a primeira e segunda fases (750 a.C até o Século terceiro d.C.) a expressão “culpa” era empregada em sentido mais abrangente, confundindo-se com o que hoje se intitula nexa causal (2008, p. 77).

Ainda sobre a evolução histórica o fundamento da responsabilidade civil, adverte Leonardo Viera e Santos:

Tendo-se em mente a premissa de que a ideia de culpa foi gestada em Roma, pode-se afirmar que antes disso, nos primórdios da responsabilidade civil, o objetivismo imperava incontestado. É bom destacar que tal “objetivismo” não se confunde com a moderna responsabilidade objetiva, bem fundada, em regra, na ideia de risco [...]. Tratava-se de responsabilidade civil primitiva, unicamente voltada para a constatação do dano e para se dar uma resposta dura e imediata ao ofensor. Neste diapasão, não há como negar que a ideia de culpa representou significativa evolução na teoria geral da responsabilidade civil (2008, p. 77).

Miguel Kfoury Neto conceitua culpa como “*o desvio de um modelo ideal de conduta*” e, parafraseando Mário Moacir Porto (1966), afirma que “*implica a avaliação dos fatores subjetivos que conduzem o agente à prática do ato lesivo*”. Segundo ele, o elemento subjetivo do ato ilícito, como gerador da obrigação de indenizar, está na imputabilidade da conduta à consciência do agente (2010, p. 86).

Sobre a verificação da culpa, Leonardo Vieira Santos ensina que, para os subjetivistas mais aferrados, a culpa deve ser analisada *in concreto*. Nesse sentido, parafraseando Lima (1999, p. 62), afirma que se deve analisar a conduta do agente, de maneira individualizada, levando-se em consideração suas circunstâncias pessoais, suas “*particularidades psíquicas ou morais*”, para que se defina se este agiu culposamente ou não (2008, p. 69).

Acrescenta Leonardo Vieira Santos, citando Wald (1995, p. 197) que alguns autores sustentam que a averiguação em concreto da culpa passa pelo exame do “*comportamento do agente em relação à diligência que habitualmente tem nos seus negócios*”. Adverte Leonardo, todavia, que esta noção trazida por Wald deixa prever os inconvenientes desta linha teórica, uma vez que não se poderia imaginar que indivíduo muito desleixado com “seus negócios” pudesse agir da mesma maneira no que concerne aos de terceiros sem que lhe pudesse apontar a culpa (2008, p. 69).

A apuração da culpa *in concreto* tem seu contraposto com a análise da culpa *in abstrato*. Leonardo Viera Santos, nesse rumo, explicita que a partir desta apuração, abstratamente retira-se da sequência de fatos o agente e coloca-se em seu lugar o “bom pai de família”, caso ainda assim o dano advier, não terá havido culpa do agente; em contrário, será culpado o agente e terá o dever de indenizar a vítima (2008, p. 70).

Assim, para o referido autor:

[...] a culpa consiste em erro de conduta, sendo esta a que se espera do homem médio em sociedade diante do princípio do *neminem laedere*, razão pela qual se emprega o critério abstrato de sua apuração, com base em standard de conduta fixado a depender das circunstâncias do caso concreto, à exceção dos raros casos em que se é obrigado a apura-la em concreto, por expressa disposição legal (SANTOS, 2008, p. 72).

Por outro lado, a responsabilidade civil objetiva ou pelo risco, segundo lição de Fernando Noronha, é a obrigação de reparar danos desvinculada de qualquer ideia de dolo ou culpa, nascendo da prática de fatos meramente antijurídicos, comumente ligados a determinadas atividades. Segundo o aludido professor, a antijuridicidade é aspecto de natureza objetiva: “*existe sempre que o fato (ação, omissão, fato natural) ofende direitos alheios de modo contrário ao direito, independentemente de qualquer juízo de censura que porventura também possa estar presente e ser referido a alguém*” (2013, p. 508-509).

Tem-se, assim, que a denominada responsabilidade objetiva independe de culpa. Esta pode ou não existir, será, porém, irrelevante para a configuração do dever de indenizar. Indispensável, todavia, será a verificação da existência de um nexo causal entre a ação e o dano. Nesse sentido, verifica-se que o Código Civil previu tal vertente da responsabilidade civil em seu art. 927, parágrafo único, o qual dispõe que existirá obrigação de reparar o dano, de forma objetiva, nos casos especificados em lei, ou nos casos em que a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Tem-se, no caso da responsabilidade objetiva, a chamada imputação pelo risco criado, consoante preconiza Fernando Noronha. Neste ponto, ao tratar da justificação da responsabilidade objetiva, assevera Carlos Roberto Gonçalves:

Um das teorias que procuram justificar a responsabilidade objetiva é a teoria do risco. Para esta teoria, toda pessoa que exerce alguma atividade cria um risco de dano para terceiros. E deve ser obrigada a repará-lo, ainda que sua conduta seja isenta de culpa. A responsabilidade civil desloca-se da noção de culpa para a ideia de risco, ora encarada como “risco-proveito”, que se funda no princípio segundo o qual é reparável o dano causado a outrem em consequência de uma atividade realizada em benefício do responsável (*ubi emolumentum, ibi onus*); ora mais genericamente como “risco criado”, a que se subordina todo aquele que, sem indagação de culpa, expuser alguém a suportá-lo. (2010a, p. 49).

Leonardo Vieira Santos afirma que se pode afirmar que o grande fundamento da teoria objetiva é o risco, apesar de não se poder esquecer a equidade ou, ainda, a simples disposição legal, que também justifica, em alguns casos excepcionais, o dever de indenizar sem a verificação da culpa (2008, p. 85).

Adverte o mencionado autor, contudo, que a teoria do risco criado revela-se mais simples que a do risco-proveito, *“na medida em que se não se discute se a atividade mantida pelo usuário traz-lhe ou não proveito, sendo suficiente a constatação de que esta cria risco para terceiros, os quais, uma vez prejudicados, poderão reivindicar indenizações independentemente de culpa”*. Para o citado autor, dentre todas as visões teóricas, a do risco criado foi a que prevaleceu, tanto doutrinariamente quanto no âmbito do direito positivo (2008, p. 87).

Registre-se que há, ainda, a denominada teoria do risco integral, chamada por Fernando Noronha de responsabilidade objetiva agravada. Adverte este autor que, atualmente, trata-se de construção jurisprudencial em que vai haver a responsabilização do agente por danos que não causou, *“argumentando-se que são situações em que não é possível invocar a escusa do fato de terceiro ou do caso fortuito ou de força maior, ou simplesmente nega-se que estes tenham ocorrido”* (2013, p. 511).

1.4.1.1 Responsabilidade objetiva no Código de Defesa do Consumidor

O Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), de acordo com Maria Helena Diniz, é um exemplo de lei que estabelece a responsabilidade objetiva (2013, p. 69). Neste particular, tem-se que tal diploma é lei especial no que se refere aos sujeitos (*ratione personae*), sendo aplicável somente aos consumidores e fornecedores e suas relações, conforme ensina Sergio Cavalieri Filho (2011, p. 23).

Nessa linha, cumpre observar que o aludido Código procurou distinguir o objeto da relação de consumo, dividindo-o em duas grandes categorias: o produto e o serviço. Considerou-se que o exercício da atividade remunerada é um objeto da relação de consumo distinto do produto. Assim, tal relação é marcada por um vínculo jurídico de direito material decorrente da celebração de contrato de fornecimento de produto ou de prestação de serviços. Neste ponto, forçoso destacar que, em que pese haver tal classificação, ensina Sergio Cavalieri Filho que *“O Código volta a sua atenção não para o objeto da relação jurídica (tutela objetiva), mas para um dos sujeitos que dela participa – o mais fraco (tutela subjetiva)”* (2011, p. 56).

Vale registrar, outrossim, que, segundo Roberto Senise Lisboa, quando tal diploma fixou como serviço o exercício habitual de qualquer atividade remunerada, tinha o legislador como intuito fazer com que a norma consumerista incidisse sobre a mais diversa gama de relações, sendo irrelevante a área tradicional do direito na qual elas se formavam, ressalvadas as relações trabalhistas (2006, p. 198).

A partir do texto legal, verifica-se que o Código Consumerista regula duas espécies de responsabilidade civil: a advinda do fato do produto ou serviço e a resultante dos vícios do produto ou serviço. Ambas são de natureza objetiva, prescindindo do elemento culpa para que haja o dever de o fornecedor indenizar, com exceção dos profissionais liberais, os quais serão responsabilizados mediante o que prega a responsabilidade subjetiva.

Leonardo Viera Santos, contudo, afirma não ser tarefa fácil tratar do fundamento da responsabilidade objetiva do fornecedor de produtos ou serviços estabelecida pelo Código de Defesa do Consumidor, apresentando a seguinte advertência trazida por Sanseverino (2002, p. 176):

A grande discussão travada na doutrina situa-se em torno do fundamento da responsabilidade civil do fornecedor (teoria do risco da atividade ou responsabilidade não culposa). O núcleo da controvérsia situa-se em torno da exigência, tanto no direito comunitário europeu como no direito brasileiro, de que o dano sofrido pelo consumidor seja provocado por um defeito do produto [ou do serviço] para que o fornecedor possa ser responsabilizado. Ou seja, o fornecedor não é responsabilizado pelo simples fato de ter colocado no mercado um produto [ou serviço] [...] que causou danos, pois, se não houver defeito, não há obrigação de indenizar (2008, p. 89).

De acordo com Leonardo Vieira Santos, não se pode omitir a dificuldade de se compatibilizar a teoria do risco criado com a exigência consumerista do defeito, uma vez que

por esta visão teórica basta que a atividade em tela gere ou crie riscos às pessoas para que surja o dever de indenizar do responsável pelo seu desenvolvimento. Segundo o citado autor, pela teoria do risco criado, portanto, não se admitiria o defeito enquanto pressuposto da responsabilidade civil conforme estatuído pelo Código Consumerista, razão pela qual se pode afirmar que, no âmbito do Código do Consumidor, *“o ponto de partida foi a teoria do risco criado, mas, ao final, estabeleceu-se um fundamento novo para o dever de indenizar, consistente no oferecimento de produtos ou serviços defeituosos e geradores de danos, o que implica na inobservância do dever de garantia da incolumidade das pessoas”* (2008, p. 91).

1.4.2 Responsabilidade contratual e extracontratual

A diferenciação entre responsabilidade contratual e extracontratual se dá, segundo Carlos Roberto Gonçalves, porque nesta o agente infringe um dever legal e, naquela, o agente descumpre o avençado, tornando-se inadimplente. Nessa linha, na responsabilidade contratual a convenção prévia existente entre as partes não é cumprida; na extracontratual, por sua vez, não há vínculo jurídico preexistente entre a vítima e o causador do dano (2010a, p. 44).

Registra o aludido doutrinador que existe quem critique tal dualidade de tratamento, filiando-se à tese unitária ou monista. Seus seguidores *“entendem pouco importar os aspectos sob os quais se apresente a responsabilidade civil no cenário jurídico, pois uniformes são os seus efeitos”*. O citado autor concorda com tal crítica, seguindo a convicção preponderante na doutrina, tendo em vista que as soluções são, segundo ele, basicamente, idênticas para os dois aspectos, ponderando, contudo, que nos códigos de inúmeros países, incluindo o Brasil, tem sido amparada a tese dualista ou clássica (2010a, p. 45).

Sobre o tema, a crítica feita por Fernando Noronha segue outra linha. Consoante o referido professor, a “responsabilidade civil em sentido estrito ou clássico” é tradicionalmente denominada de “responsabilidade extracontratual”; a “responsabilidade negocial”, por seu turno, é comumente chamada de “responsabilidade contratual”. Segundo o professor, trata-se de expressões incorretas, uma vez que olvidam a existência de obrigações advindas de negócios jurídicos unilaterais, como a promessa pública de recompensa e a subscrição de títulos de crédito (2013, p. 454).

O aludido doutrinador assevera que a denominação “responsabilidade contratual” esconde a obrigação resultante do inadimplemento dos negócios jurídicos unilaterais, a qual

se rege pelos mesmos princípios da advinda do inadimplemento de contratos. Ademais, pondera que o regime jurídico relativo ao inadimplemento dos negócios unilaterais e dos contratos é idêntico, distinguindo-se, porém, do aplicável às obrigações que inclui na expressão responsabilidade civil em sentido estrito (2013, p. 454).

Fernando Noronha assevera, ainda, que a bipartição entre “responsabilidade contratual” e “extracontratual” remonta ao século XVIII, no qual a atenção era voltada às transações comerciais e às obrigações assumidas no âmbito da autonomia privada (contratuais) e que, hoje, a responsabilidade extracontratual não é *“simplesmente aquela que fica para além dos contratos”*, sendo *“bem mais importante (...), o regime-regra da responsabilidade civil”* (2013, p.455).

Em que pese a crítica tecida pelo mencionado professor quanto à referida bipartição, adequada a menção a esta divisão no presente trabalho, sobretudo porque seu tema principal diz respeito à responsabilidade de hospitais por danos resultantes de intervenções médicas que se efetivam por meio da celebração de um contrato.

1.4.3 Responsabilidade nas obrigações de meio e nas obrigações de resultado

As noções de obrigação de meio e de resultado, de acordo com Maria Helena Diniz, aplicam-se à responsabilidade civil por danos no exercício da profissão, cuja natureza jurídica é, segundo a doutrinadora, contratual. Adverte, todavia, que a natureza jurídica desta responsabilidade profissional é *“bastante controvertida, pois há autores que a incluem na seara contratual, outros, na extracontratual e os que a enquadram num ou noutro campo, conforme as circunstâncias”* (2013, p. 313).

Tem-se que a obrigação de meio, segundo lição de Carlos Roberto Gonçalves, é aquela em que o devedor promete utilizar seus conhecimentos, meios e técnicas para alcançar determinado resultado, sem, todavia, responsabilizar-se por ele (2010b, p. 190). Registra Maria Helena Diniz que, de seu conceito, compreende-se que a prestação da obrigação de meio não se consubstancia em um resultado certo e determinado a ser alcançado pelo obrigado, mas apenas em uma atividade prudente e diligente do devedor em prol do credor (2013, p. 313).

Verifica-se, pois, que, em havendo inadimplemento, imperiosa é a análise do comportamento do devedor. Neste ponto, Carlos Roberto Gonçalves explicita que, ele só permitirá a responsabilização do profissional *“se restar cumpridamente demonstrada a sua negligência ou imperícia no emprego desses meios”* (2010b, p. 191).

Por outro lado, a obrigação de resultado, consoante lição do referido autor, é aquela em que o devedor dela se exonera apenas quando o resultado prometido é alcançado, do contrário, é tido como inadimplente (2010, p. 191). Assevera Maria Helena Diniz que a relação obrigacional será executada quando o devedor cumprir o objetivo final, bastando que o resultado não seja atingido *“para que o credor seja indenizado pelo obrigado, que só se isentará de responsabilidade se provar que não agiu culposamente”* (2013, p. 315).

Por fim, cumpre registrar a observação feita por Leonardo Vieira Santos, no sentido de que deve ser analisada cada atividade, no caso concreto, para verificar se certa obrigação é de meio ou de resultado (2008, p. 101).

1.4.4 Ônus da prova

No que diz respeito ao ônus probatório, a regra norteadora encontra-se no Código de Processo Civil, em seu art. 333, o qual assevera que o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; e ao réu, no que tange à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Nesse rumo, preconiza Leonardo Viera Santos que, em virtude dessa regra geral, a princípio, cabe à vítima provar os pressupostos da responsabilidade civil, isto é, conduta do agente, dano, nexo de causalidade, e, em se tratando de responsabilidade subjetiva, o nexo de imputação relativo à culpa. Aduz, ainda, que *“para que caiba ao agente o ônus probandi relativo a qualquer um destes pressupostos há de ocorrer, por previsão legal ou doutrinária, a inversão do ônus da prova”* (2008, p. 103).

No item anterior, quando se apresentou a distinção entre obrigações de meio e de resultado, em sede de responsabilidade contratual, foram também indicadas as diferenciações quanto à questão da prova no âmbito de tais modalidades obrigacionais. Tem-se que nas obrigações de resultado, o devedor, comprometendo-se a alcançar determinado resultado, não poderá, em havendo inadimplemento, afirmar que se tratava de obrigação de meio, com o

intuito de livrar-se da responsabilidade. Neste aspecto, conclui Leonardo Vieira Santos que, em se tratando de responsabilidade contratual subjetiva referente à obrigação de resultado, ocorrerá a inversão do ônus da prova da culpa (2008, p. 98), ou seja, haverá a chamada presunção *juris tantum* da culpa do agente (2008, p. 104).

O referido autor observa, ainda, que, ao se adentrar no microssistema legislativo do Código de Defesa do Consumidor, são observadas, além de alterações no âmbito dos pressupostos do dever de indenizar, distinções referentes à questão do ônus da prova. Sobre tais diferenças, assevera Leonardo Viera Santos:

As diferenças surgem quando se pensa no *onus probandi* relativo ao pressuposto consumerista específico do dever de indenizar: o defeito do serviço ou produto. Por expressa disposição do art. 12, § 3º, II e art. 14, § 3º, I, do CDC, cabe ao fornecedor (e não ao consumidor como seria de se esperar de acordo com o art. 333 do CPC) a prova de que tal defeito inexistente.

Além da notável diferença demonstrada acima, não se pode desconsiderar a ampla possibilidade de inversão do ônus da prova prevista pelo art. 6º, VIII, do CDC [...]. Da simples leitura desta norma depreende-se a certeza de que o direito do consumidor conferiu aos magistrados o poder de amplamente inverter o ônus da prova desde que, “segundo as regras ordinárias de experiência”, haja verossimilhança na alegação do consumidor ou, ainda, seja esta hipossuficiente.

Neste passo, tem o juiz o poder de retirar do consumidor o ônus de provar o dano e o liame etiológico entre um ou outro e o dano, atribuindo ao fornecedor o encargo de provar, v.g. que não houve prejuízo para o consumidor ou que, se houve, não se verificou o nexo de causalidade (2008, p. 104).

Nessa linha, Sergio Cavalieri Filho ensina que o Código Consumerista prevê hipótese de inversão do ônus da prova nos artigos 12, § 3º e 14, § 3º – inversão *ope legis*, isto é, por força de lei –, atribuindo expressamente ao fornecedor o ônus probatório no que diz respeito às causas de exclusão de responsabilidade (não colocou o produto no mercado, inexistente defeito no produto ou serviço, houve culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro). Assim, assevera que cabe ao consumidor, como autor da ação, provar a ocorrência do acidente de consumo (fato do produto ou serviço) e o correspondente dano, presumindo o aludido Código, de forma relativa (*juris tantum*), a existência de defeito do produto ou serviço (2011, p. 358-359).

Quanto à chamada inversão *ope judicis*, prevista pelo Código de Defesa do Consumidor no art. 6º, VIII, ensina o mencionado doutrinador que os seus pressupostos, verossimilhança da alegação e hipossuficiência do consumidor, são alternativos e não cumulativos, bastando um deles para autorizar a inversão por parte do juiz. Assevera o citado

autor, neste ponto, que o momento adequado para que ocorra tal inversão é a fase instrutória da causa, a fim de se evitar possível alegação de cerceamento de defesa (2011, p. 353-355).

Por fim, quanto aos efeitos da inversão, ensina o aludido doutrinador que o magistrado, ao inverter o ônus da prova em favor do consumidor, “*admite como verdadeiros os fatos por ele alegados e o libera da produção da prova sobre os fatos constitutivos do seu direito (...). A partir daí cabe ao fornecedor provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do consumidor*” (2011, p. 355).

Questão polêmica na doutrina, segundo Leonardo Vieira Santos, diz respeito à possibilidade de inversão do ônus probatório prevista pelo art. 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, no que diz respeito aos profissionais liberais, tendo em vista que o art. 14, § 4º do mesmo diploma legislativo dispõe que seu dever de indenizar surge apenas quando tenham laborado com culpa.

Neste ponto, pondera o referido autor que a inversão do ônus da prova da culpa, neste caso, não implica em revogação da subjetividade incidente na responsabilidade civil daqueles profissionais, não se podendo confundir culpa presumida com responsabilidade objetiva, pois a presunção do Código Consumerista é *juris tantum*, ou seja, admite prova em contrário (2008, p. 105). Conclui Leonardo Vieira Santos, dessa forma, que, de acordo com o citado art. 6º, inciso VIII, “*poderá o juiz atribuir ao profissional liberal, mediante técnica de inversão, o ônus de provar que não laborou com culpa, como também de que não houve o dano ou, ainda, de que não se consubstanciou o nexo causal*” (2008, p. 106).

Verifica-se, pois, que na seara das relações de consumo, indiferente a distinção entre obrigações de meio e de resultado, no que diz respeito ao ônus probatório da culpa, tendo em vista que a responsabilidade naquele campo é objetiva, isto é, é desvincilhada da noção de culpa. Assim, independentemente de a obrigação assumida pelo fornecedor ser de meio ou de resultado, incidirá, por força de lei, a inversão do ônus da prova quanto ao nexo de causalidade e, poderá incidir, a depender do caso concreto e a critério do juiz, a inversão quanto à totalidade dos pressupostos da responsabilidade civil.

Por fim, no tocante à responsabilidade civil dos profissionais liberais, muitas vezes também pode se apresentar irrelevante a aludida diferenciação entre obrigações de meio e de resultado, no que diz respeito ao ônus probatório da culpa, pois a tais profissionais também poderá ser aplicada a previsão de inversão *ope judicis* do ônus probatório, e, assim, poderá

haver a presunção do nexo de imputação culpa independentemente do conteúdo da obrigação a ser prestada.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

2.1 Exercício médico-profissional e normas aplicáveis à responsabilidade civil médica

Consoante lição de Fabio Firmino Lopes, “*a importância da atitude do médico na obtenção da cura da enfermidade tem sido, de fato, notável desde os primórdios da medicina*”. Segundo ele, os povos primitivos associavam as causas das doenças a forças da natureza, isto é, eram tidas como influências ou desejos divinos, sendo o pajé, oráculo, xamã ou curandeiro o membro da tribo a quem eram atribuídos poderes de promover a “cura” por meio de simpatia com as forças naturais (2011, p. 310-311).

De acordo com o referido autor, a figura do médico, no entanto, sofreu grandes transformações ao longo da história da Medicina. Explica o aludido médico que na Mesopotâmia a prática médica ainda era bastante ligada à religião, sendo que ela e a relação do médico com o paciente e a sociedade passaram a ser disciplinadas por rígidas regras de conduta, como o Código de Hamurabi (1.700 a.C) e as leis do Talião. Assevera, ainda, que na mitologia greco-romana, Esculápio, tido como Deus da Medicina, “*visitava os doentes em casa e tratava pessoalmente suas feridas com plantas e substâncias animais curativas*” (2011, p. 311).

Sobre o tema, destaca o médico Jonas de Mello Filho:

Se voltarmos no tempo, a atividade médica e suas responsabilidades estão descritas no Código de Hamurabi (1686 – 1750 a.C.), elaborado pelo rei da Babilônia, que traz no seu bojo os preceitos iniciais da responsabilidade legal do médico na forma normativa, estabelecendo pena para a conduta errônea diante do paciente e do escravo. [...]

Numa prelação do que acontece nos dias atuais, verifica-se que naquela época não existia o conceito de culpa subjetiva [...]. Para os algozes pouco importava se o médico havia utilizado de todos os meios disponíveis, com total perícia e cumprindo rigorosamente os “procedimentos” corretos. Se o paciente viesse a falecer, o único culpado seria o médico.

[...]

Numa comparação com outros documentos, seria conveniente afirmar que esse Código é cópia *ipsis litteris* das Tábuas de Nippur (*Ley de Ur Nammu*), onde se percorrem todos os aspectos da vida civil, tratando em seus artigos 196 a 201 da

matéria relativa à reparação do dano físico, que ocorreria segundo a Lei de Talião [...] ou por meios que dependeriam da situação social da vítima [...] (2011, p. 323-324).

Foi na Grécia Antiga, mais especificamente no período jônico, segundo o médico Fabio Firmino Lopes, que se instaurou o caráter técnico-científico da atividade médica, sendo que as doenças passam a ser vistas como de causas naturais e a ter suas manifestações avaliadas objetivamente. De acordo com o mencionado profissional, *“a postura médica reveste-se de frieza e distanciamento emocional em relação ao paciente”*, seguindo as recomendações de Hipócrates (460-377 a.C.), entre outras as de que o médico deveria ser zeloso, altruísta, modesto e de aparência digna. Segundo o autor, *“na medicina hipocrática, o modelo de relacionamento profissional é autoritário e paternalista: o médico sabe o que é melhor para seu paciente e sua decisão é indiscutível, marcada pela confiança absoluta e inquestionável em sua autoridade técnica e moral”* (2011, p. 311).

De acordo com Fabio Firmino Lopes, tal modelo paternalista vigorou durante toda a Idade Média e, apenas nos séculos X a XII, com a gradativa desvinculação da medicina e da religião (medicina monástica) e a criação das primeiras universidades, o caráter técnico e científico da formação médica foi sendo retomado. Consoante ensina o aludido autor, no período do Renascimento, sobretudo com o Iluminismo e com os ideais positivistas do século XVIII, estabelece-se a medicina moderna e a *“reaproximação entre a ciência e a prática médicas”* (2011, p. 311-312).

Consoante Leonardo Vieira Santos, os ensinamentos de Descartes, no século XVII, também foram muito importantes na transformação da magia em ciência, principalmente com a sua obra “O discurso do método” e a lição segundo a qual o real conhecimento passa pela decomposição de um problema em tantas partes individuais quanto possível. Para o citado autor, resta claro o desenvolvimento possibilitado por tal pensamento quando da pesquisa das causas das moléstias (2008, p. 110).

Também sobre a evolução da atividade médica, ensina Fabio Firmino Lopes:

A partir do século XX reformula-se a definição de saúde, não mais apenas como ausência de doença e sim vinculada ao conceito de bem estar físico, mental e social, numa visão holística e integrativa, biopsicossocial, do ser humano. Resgata-se o vínculo baseado na confiança depositada no médico pelo indivíduo e pela sociedade e na sua competência e autoridade, acrescido de respeito pelas características pessoais e direitos do paciente (2011, p. 312).

O mencionado autor pondera que foram resgatados, ainda, os princípios da beneficência (fazer o bem) e justiça, advindos da medicina hipocrática. Juntamente a eles, de acordo com o aludido médico, somaram-se os ditames da autonomia e da não maleficência (não causar dano), os quais transformaram “*irreversivelmente a relação médico-paciente e a tornaram ainda mais complexa*”. Para o autor, a postura paternalista do médico, que mantinha o enfermo em estado passivo, de submissão e dependência, passa a ser discutida (2011, p. 312).

Nesse contexto, a título de conclusão, Leonardo Vieira Santos assevera que:

É fato, outrossim, que tais conquistas científicas, de forma paradoxal, potencializaram o desenvolvimento da responsabilidade civil dos esculápios, uma vez que, de um lado, ampliaram o raio de atuação da medicina e, conseqüentemente, os perigos (e não riscos) enfrentados pelos médicos e, de outro, fizeram com que os pacientes e familiares passassem a se conformar cada vez menos com explicações simplistas que atribuíam aos desígnios divinos ou demoníacos os resultados de procedimentos médicos malogrados (2008, p. 111).

Assim, tecidos os comentários acerca da medicina e seu desenvolvimento histórico, passa-se a tratar especificamente da responsabilidade civil médica. Considerando-se que esta tem como foco a atividade profissional específica, forçoso definir o que se entende por tal exercício. Sobre o tema, Miguel Kfoury Neto conceitua os atos essencialmente médicos, com base em sistematização alvitada por Fernández Hierro (2002, p. 375), doutrinador espanhol, como sendo aqueles exercidos exclusivamente por profissionais da medicina, implicando formação e conhecimentos médicos, domínio das *legis artis* da profissão (2010, p. 39).

Contudo, para Leonardo Vieira Santos a melhor e mais completa definição de ato médico encontra-se na obra de França (2001, p. 80-81), o qual ensina que:

[...] deve-se entender, na hora atual, como ato médico, todo esforço consciente e organizado, traduzido por técnicas, ações e recursos em favor da vida e da saúde do homem e da coletividade. [...] O ato médico pode ser genérico ou específico. O ato médico genérico é aquele realizado por um agente da saúde que tenha como proposta de ação a saúde individual ou coletiva. Assim, as atividades profissionais do enfermeiro, do dentista ou do fonoaudiólogo não deixam de ser um ato médico *lato sensu*.

Já o ato médico específico conceitua-se como a utilização de meios e recursos para prevenir a doença, recuperar e manter a saúde do ser humano ou da coletividade, inseridos nas normas técnicas dos conhecimentos adquiridos nos cursos da medicina e aceitos pelos órgãos competentes, estando quem o executa, supervisiona ou

solicita, profissional e legalmente, habilitado. Esse é o ato médico *strictu sensu* (2008, p. 118).

Nesse rumo, importante destacar que a recente Lei Federal 12.842/2013 dispõe acerca do exercício da medicina e, em seu art. 2º estabelece que “*o objeto da atuação do médico é a saúde do ser humano e das coletividades humanas*”, sendo que o médico exercerá suas ações profissionais no campo à atenção da saúde para: “*I - a promoção, a proteção e a recuperação da saúde; II - a prevenção, o diagnóstico e o tratamento das doenças; III - a reabilitação dos enfermos e portadores de deficiências*”.

O mencionado diploma apresenta, ainda, em seu art. 4º, o rol de atividades tidas como privativas dos médicos. São 14 incisos, dos quais 3 foram vetados, listando, entre outras atividades, a “*indicação e execução da intervenção cirúrgica e prescrição dos cuidados médicos pré e pós-operatórios*”, a “*execução de sedação profunda, bloqueios anestésicos e anestesia geral*” e a “*indicação de internação e alta médica nos serviços de atenção à saúde*”.

O § 5º do aludido artigo, por sua vez, traz as atividades excetuadas das privativas dos médicos em 9 incisos, dos quais 3 foram vedados. Nelas, compreendem-se a “*realização de curativo com desbridamento até o limite do tecido subcutâneo, sem a necessidade de tratamento cirúrgico*”, “*o atendimento à pessoa sob risco de morte iminente*” e a “*coleta de material biológico para realização de análises clínico-laboratoriais*”.

O próprio texto da Lei 12.842/2013, entretanto, apresenta ressalvas, ao explicitar, nos §§ 6º e 7º do referido art. 4º, que o disposto nele “*não se aplica ao exercício da Odontologia, no âmbito de sua área de atuação*” e que seu teor será aplicado de maneira que sejam protegidas “*as competências próprias das profissões de assistente social, biólogo, biomédico, enfermeiro, farmacêutico, fisioterapeuta, fonoaudiólogo, nutricionista, profissional de educação física, psicólogo, terapeuta ocupacional e técnico e tecnólogo de radiologia*”.

Verifica-se, pois, que, muito embora editada lei para tratar especificamente do exercício médico, este não se revela em conceito preciso, sobretudo com as ressalvas estipuladas pela lei no que diz respeito à atuação das demais profissões da saúde. Assim, somente o caso concreto somado às disposições legais fornecerá suporte para se apurar se um médico, por ato da sua profissão, deverá ou não indenizar determinados danos – o que constitui a temática da responsabilidade civil dos médicos.

Nesse sentido, importante observar que o campo da responsabilidade médica tem normas específicas, emanadas tanto do poder legislativo quanto do Conselho Federal de

Medicina. No que diz respeito às primeiras, adequado iniciar a explanação com as normas constitucionais relativas ao tema, as quais são fundamentos de validade de todo o restante do ordenamento jurídico.

A Constituição Federal estabelece a vida como direito fundamental individual (art. 5º, *caput*) e a saúde como direito de todos e dever do Estado (art. 196), sendo de relevância pública as ações e os serviços de saúde, *“cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado”* (art. 197).

De acordo com José Afonso da Silva, o tema saúde não era totalmente estranho ao Direito Constitucional anterior a 1988, tendo em vista que estabelecia a competência da União para legislar sobre defesa e proteção à saúde, em âmbito de organização administrativa. Segundo este constitucionalista, entretanto, revela-se *“espantoso como um bem extraordinariamente relevante à vida humana só agora é elevado à condição de direito fundamental do homem”* (2010, p. 308-309).

Neste ponto, Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo preconizam que a consagração constitucional de um direito fundamental à saúde, juntamente com a positivação de vários outros direitos sociais, pode ser tida como um dos principais avanços da Constituição de 1988, que a vincula ao constitucionalismo de cunho democrático-social desenvolvido, sobretudo, após a Segunda Guerra Mundial. Entre as características principais do regime jurídico-constitucional do direito à saúde, indicam os citados autores a explicitação da relevância pública das ações e dos serviços de saúde, bem como a submissão do setor privado às normas do sistema público de saúde (2011, p. 11-13).

Ainda sobre a questão da positivação do direito à saúde na Carta Magna, Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo afirmam ser necessário reconhecer as interconexões existentes entre a proteção da saúde, individual e coletiva, e uma gama de outros direitos e interesses abarcados pelo sistema constitucional brasileiro. Segundo os autores:

[...] assume particular relevância a compreensão de que a salvaguarda do direito à saúde também se dá pela proteção conferida a outros bens fundamentais, com os quais apresenta zonas de convergência e mesmo de superposição (direitos e deveres), fato que reforça a tese da interdependência e mútua conformação de todos os direitos humanos e fundamentais. Dentre esses bens constitucionais podem ser citados, a título ilustrativo, a vida, a dignidade da pessoa humana, o ambiente, a moradia, a privacidade, o trabalho, a propriedade, a seguridade social, além da

proteção do consumidor, da família, de crianças e adolescentes, dos idosos (2011, p. 14).

Assevera a Constituição Federal, ainda, que é livre à iniciativa privada a assistência à saúde (art. 199, *caput*) e que “*é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer*” (art. 5º, XIII). Neste ponto, ensina José Afonso da Silva que a Constituição traz uma regra de contenção à liberdade de ação profissional quanto à escolha e ao exercício de ofício e profissão. Segundo o aludido constitucionalista existem ofícios e profissões que necessitam de capacidade especial, de determinada formação técnica, científica ou cultural, sendo que somente lei federal (art. 22, XVI) pode definir as qualificações profissionais requeridas para o exercício das profissões (2010, 33ª ed., p. 258).

Por fim, garante a Carta Magna a promoção, por parte do Estado, da defesa do consumidor, na forma da lei (art. 5º, XXXII), sendo ela um dos princípios da ordem econômica (art. 170, V). Neste aspecto, pondera José Afonso da Silva que, apesar de a Constituição ter sido tímida ao dispor sobre a proteção dos consumidores, realça de importância a sua inserção entre os direitos fundamentais, erigindo os consumidores ao grupo de titulares de direitos constitucionais fundamentais (2010, p. 262-263).

No plano infraconstitucional, a Lei 3.268/1957 trata dos Conselhos de Medicina, além de estabelecer outras providências. Dispõe o seu art. 2º que “*O conselho Federal e os Conselhos Regionais de Medicina são os órgãos supervisores da ética profissional em toda a República e ao mesmo tempo, julgadores e disciplinadores da classe médica* 9 (...)”. Ademais, segundo o explicitado em seu art. 17, os médicos somente poderão por em prática, legalmente, a medicina “*em qualquer de seus ramos ou especialidades, após o prévio registro de seus títulos, diplomas, certificados ou cartas no Ministério da Educação e Cultura e de sua inscrição no Conselho Regional de Medicina, sob cuja jurisdição se achar o local de sua atividade*”, sendo que aos profissionais devidamente registrados será fornecida carteira profissional que os habitará ao exercício da medicina em todo o Brasil (art. 18).

Cumprido, neste particular, registrar que a Lei Federal 12.871/2013, instituidora do chamado Programa Mais Médicos, relativiza o disposto no art. 17 da referida Lei Federal, tendo em vista que, “*com a finalidade de formar recursos humanos na área médica para o Sistema Único de Saúde – SUS*” (art. 1º, *caput*), traz a possibilidade de atuação, no Brasil, do denominado “médico intercambista”, isto é, do “*médico formado em instituição de educação superior estrangeira com habilitação para exercício da medicina no exterior*” (art. 13, § 2º,

II). Esta polêmica exceção que, inclusive, é objeto de questionamentos no Supremo Tribunal Federal (ADI 5035 e 5037), não reflete no tema do presente trabalho, uma vez que este tem como objeto a atividade prestada por médico no âmbito de um hospital particular, prestador de serviço por meio de contratos privados. Vale, assim, a regra dos artigos 17 e 18 da Lei 3.268/1957.

Forçoso observar que a já mencionada Lei 12.842/2013, além de definir o objeto de atuação do médico e elencar suas atividades privativas, temas já apresentados anteriormente, explicita que *“a direção administrativa de serviços de saúde não constitui função privativa de médico”* (art. 5º, parágrafo único), e, seguindo o disposto na Lei 3.268/1957, estabelece que a *“denominação de ‘médico’ é privativa dos graduados em cursos superiores de Medicina, e o exercício da profissão, dos inscritos no Conselho Regional de Medicina com jurisdição na respectiva unidade da Federação”* (art. 6º).

Ainda no plano infraconstitucional, encontram-se normas atinentes à responsabilidade civil no próprio Código Civil de 2002. Este, em seu art. 186, estabelece, de forma genérica, a responsabilidade subjetiva como regra geral, ao explicitar que *“Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”*, sendo complementado pelo art. 927, *caput*, o qual dispõe que o agente *“que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”*. Já o parágrafo único deste último artigo prevê a responsabilidade civil objetiva, como exceção, ao preconizar que existirá *“obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”*.

Seguindo a regra geral, o Código Civilista possui disposição específica no tocante à responsabilidade civil profissional, na qual se insere a médica. Trata-se do art. 951, que aborda a indenização devida por agente que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, gerar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho. Traz o aludido Código, ainda, disposição quanto ao sigilo médico, estabelecendo, em seu art. 229, I, que *“ninguém pode ser obrigado a depor sobre fato (...) a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar segredo”* – normatização que segue o disposto no art. 374, II, do Código de Processo Civil de 1973. Registre-se, por fim, que, o referido Código explicita, no art. 206, § 3º, V, como sendo de 3 (três) anos o prazo prescricional relativo à pretensão de reparação civil.

Por fim, ainda no plano jurídico infraconstitucional, forçoso registrar que o campo da responsabilidade civil médica encontra regramento também no Código de Defesa do Consumidor – Lei 8.078/1990 –, que, seguindo os comandos do art. 5º da Constituição Federal, disciplina a proteção do consumidor, além de dar outras providências. Nesse sentido, elenca como primeiro direito básico do consumidor “*a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos*” (art. 6º, I). Estabelece, ainda, que produtos e serviços colocados no mercado não ocasionarão “*riscos à saúde ou segurança dos consumidores*”, salvo os tidos como “*normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição*”, devendo sempre os fornecedores dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito (art. 8º, *caput*).

Quanto à responsabilidade dos fornecedores de serviços, o Código Consumerista dispõe, em seu art. 14, *caput*, que eles respondem, “*independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos*”. Considera o mencionado diploma como serviço defeituoso aquele que não oferece a segurança que o consumidor dele pode esperar, considerando-se as circunstâncias relevantes, entre elas o modo de fornecimento, os resultados e riscos razoavelmente esperados e a época do fornecimento (art. 14, § 1º). No que tange à responsabilidade dos profissionais liberais, explicita o aludido Código que ela será apurada por meio a verificação de culpa (art. 14, § 4º).

O Código de Defesa do Consumidor traz, também, regras específicas quanto ao ônus da prova (art. 6º, VIII e art. 14, § 3º), as quais já foram analisadas no capítulo anterior (item 1.4.4). Por fim, registre-se que o referido diploma estabelece como sendo de 5 (cinco) anos o prazo prescricional da pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço, contado da data do conhecimento do dano e de sua autoria (art. 27), contemplando-se, assim, o princípio da *actio nata*.

Noutro giro, o campo da responsabilidade médica é marcado por regras trazidas a lume pelo Conselho Federal de Medicina (CFM). Entre elas, destacam-se as constantes da Resolução 1.931/2009, que aprova o Código de Ética Médica, cuja vigência iniciou em abril de 2010. Este, em seu Capítulo I (Princípios fundamentais), preconiza que “*o médico empenhar-se-á em melhorar os padrões dos serviços médicos e em assumir sua responsabilidade em relação à saúde pública, à educação sanitária e à legislação referente à*

saúde” (XIV) e que tal profissional “*se responsabilizará, em caráter pessoal e nunca presumido, pelos seus atos profissionais, resultantes de relação particular de confiança e executados com diligência, competência e prudência*” (XIX).

Tal codificação elenca em seu Capítulo III (Responsabilidade profissional) diversas vedações aos médicos, entre as quais: “*causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência*” (art. 1º); “*atribuir seus insucessos a terceiros e a circunstâncias ocasionais, exceto nos casos em que isso possa ser devidamente comprovado*” (art. 6º) e, ainda, “*afastar-se de suas atividades profissionais, mesmo temporariamente, sem deixar outro médico encarregado do atendimento de seus pacientes internados ou em estado grave*” (art. 8º).

Acerca do princípio denominado *primum non nocere* no atual Código de Ética Médica do Conselho Federal de Medicina, pondera Ylmar Corrêa Neto:

Com a reorganização dos Princípios fundamentais e das normas diceológicas, o antigo Artigo 29 do código de 1988, que trata do dano por imperícia, imprudência ou negligência médicas, tornou-se o Artigo 1º do novo Código em uma planejada coincidência. O preceito hipocrático (Epidemias, Livro I, Seção XI) “primeiro não provocar dano” principia as normas deontológicas do novo Código e didaticamente assume posição emblemática (2011, p. 295).

Diante desse contexto, pertinente a lição trazida por França (2001, p. 17), na obra de Leonardo Viera Santos:

A profissão médica é, talvez, no mundo inteiro, aquela que mais está sujeita a normas e regulamentos especiais, tanto no exercício liberal, como no exercício público. No entanto, essas normas estão dispersas nos vários códigos e regulamentos, reclamando-se, por isso, a criação de um Direito Médico autônomo e independente, devido à indiscutível influência do médico e da Medicina, tanto sobre a sociedade como sobre o próprio indivíduo em si. Desta maneira, criando-se uma legislação específica, dá-se ao médico a capacidade de exercer a profissão em sua plenitude, dentro dos limites da legalidade, estabelecendo, no profissional e na sua ciência, a confiança do indivíduo e da sociedade (2008, p. 121).

Desse modo, caracterizados os conceitos de exercício médico-profissional e de ato médico e explicitadas as normas aplicáveis à responsabilidade civil médica, passa-se a tratar das especificidades desta prática profissional.

2.2 Especificidades da atividade médica

Conforme leciona Leonardo Vieira Santos, as particularidades da medicina advêm de seu objeto de estudo, qual seja, a vida e a saúde humanas, de modo que lidar com elas demanda dos profissionais não apenas preparo técnico, mas também emocional e ético (2008, p. 140).

Segundo o citado autor, de acordo com explanação de Gagliano e Pamplona Filho (2003, p. 238), escassas são as atividades profissionais que envolvem um nível tão grande de emotividade quanto a medicina, sendo que *“ter a vida de um paciente, em suas mãos, esvaindo-se como grãos de areia na ampulheta, tendo de decidir os rumos a serem tomados, antes que seja tarde demais, é uma atribuição para verdadeiros vocacionados, como um sacerdócio estabelecido para o bem da coletividade”* (2008, p. 140).

Neste ponto, Fabio Firmino Lopes afirma que os pacientes e a própria sociedade passaram exigem do médico não somente conhecimento técnico, atualização e experiência, mas, nas palavras de Muñoz e Fortes (1998), desejam que o médico seja uma mistura de consultor, conselheiro, parceiro e amigo. Nesse sentido, ensina o referido autor que se estabelece uma relação na qual ao profissional médico é conferida a responsabilidade pelas decisões técnicas e ao paciente é entregue a tomada de decisões conforme suas necessidades e peculiaridades subjetivas, com base na troca de informações e negociações (2011, p. 312).

Para Miguel Kfoury Neto, nas relações entre médico e paciente, *“o ser humano, fragilizado pela doença, deve ocupar o centro das atenções”*. Assevera o mencionado autor que é de se almejar que o médico demonstre verdadeiro interesse humano pelo paciente, contudo, afirma serem inquietantes as indagações quanto ao futuro do relacionamento entre o médico e seu paciente (2010, p. 33).

Outra particularidade da atividade médica, conforme explicita Leonardo Viera Santos, é a circunstância de a medicina ser uma ciência inexata, tanto em razão de seu estágio científico atual quanto em virtude da individualidade de cada organismo humano (2008, p. 140).

Acerca do desenvolvimento científico da medicina, o referido autor, valendo-se de lição de Foster (1997, p. 84), afirma que a medicina é, conceitualmente, *“uma ciência incompleta, que a cada dia desbrava novas fronteiras, defrontando-se com enfermidades até*

então desconhecidas, talvez na mesma medida em que vai descobrindo os meios de curar muitas delas” (2008, p. 140).

Neste ponto, explica tal doutrinador que não se pode escapar da verificação do estágio da ciência médica quando da apuração da existência ou não do dever de indenizar decorrente de erro médico, uma vez que o resultado indesejado pode advir das limitações do próprio conhecimento humano. Exemplificando o tema, traz o mencionado autor os casos de doenças misteriosas, como alergias não estudadas, ou de choques anafiláticos (2008, p. 141).

Sobre a defesa da inexatidão da ciência médica, faz Leonardo Viera Santos a seguinte advertência:

Não se deseja [...] sustentar a necessidade do retorno à “responsabilidade eufemística”, já que há critérios para, de forma ponderada, à luz da responsabilidade subjetiva, apurar se houve ou não um erro na conduta do médico que tenha dado ensejo ao dano. Nesta hipótese deve ser configurado plenamente o dever de indenizar e é punido o médico à luz do direito. O que não pode ocorrer é a objetivação desta responsabilidade, colocando sobre os ombros dos esculápios o peso da inexatidão da ciência que resolveram abraçar (2008, p. 141).

Miguel Kfoury Neto afirma que se poderia supor que a conservação da responsabilidade mediante a verificação de culpa, isto é, subjetiva, na seara médica, representaria atraso, *“diante da tendência de não se deixar dano sem a correspondente reparação”*. Esclarece, todavia, que ao se tratar da saúde do homem, nunca se pode afirmar, a princípio, que a não obtenção da cura é imputável à conduta médica, uma vez que em nenhum outro exercício profissional o sucesso estaria relacionado a tantos fatores que escapam do controle quanto na medicina. Neste aspecto, pondera o doutrinador, ainda, que tal realidade deve ser levada em conta pelo Direito (2010, p. 42-43).

Assevera o mencionado autor que grande parte dos atos médicos implica, inevitavelmente, riscos para o paciente, de sorte que nem sempre intervenção ou tratamento causador de danos aponta a existência de culpa médica. Segundo o doutrinador, a ideia de risco médico pode ser definida como *“fator de insegurança imanente ao ato médico, de acordo com os conhecimentos da ciência médica em vigor”*, sendo que tais riscos podem ser medidos estatisticamente e reduzidos pelo progresso da medicina, porém, nunca completamente abolidos.

Na mesma linha, Nehemias Domingos de Melo afirma que a atividade médica é, por sua própria natureza, uma atividade de risco, de modo que, mesmo sendo exercida com

regularidade e normalidade, pode resultar em danos aos pacientes, inclusive a morte, sendo que tais riscos têm aumentado com o desenvolvimento dos medicamentos, equipamentos e técnicas. Aduz o mencionado autor, ainda, que, além dos riscos naturais, deve-se observar a possibilidade de cada indivíduo reagir a um mesmo tratamento ou intervenção de forma distinta, em razão de fatores predisponentes, agravantes e desencadeantes (2013, p. 153).

Forçoso registrar, neste ponto, que os entendimentos apresentados acima acerca do risco médico divergem do posicionamento de Leonardo Vieira Santos. Isso porque, para este autor, os médicos, diante da inexatidão da medicina e da incerteza de reação de cada organismo humano, lidam, parafraseando Passos (2001, p. 132-133), com algo externo, colocado fora do poder de opção do agente. Assim, segundo Leonardo Viera Santos, quando se falar em situação que não pode ser evitada, tampouco criada por decisão do agente médico, ter-se-á uma atividade médica perigosa e não arriscada (2008, p. 142).

Nesse rumo, preconiza o mencionado autor:

Resta óbvio que as doenças e a morte estão mais para perigo do que para risco. Todo ser humano, ao longo de sua vida, ficará, em regra, doente e, necessariamente morrerá. Por outro lado, o normal é que uma pessoa passe a vida toda sem ser vítima de um acidente de trabalho, de uma contaminação radioativa ou de uma colisão fatal de trânsito.

Caso o homem, por exemplo, abdicasse da energia nuclear, poderia eliminar o risco da radioatividade. Na hipótese de se acabar com a medicina, com os esculápios e com os hospitais, entretanto, não haveria redução das mortes e das doenças, muito antes pelo contrário. É por tudo isto que se pode afirmar taxativamente ser a medicina uma atividade perigosa que se distingue de outras antes mencionadas que são de risco, visto decorrerem da vontade humana.

É claro que, excepcionalmente, os médicos podem adentrar na seara do risco, como ocorre, v.g., quando decidem pela adoção de uma técnica inovadora, porém, pouco conhecida, em lugar de outra igualmente eficiente e plenamente dominada. É bom repetir, todavia, que situações tais quais esta são evidentemente excepcionais (2008, p. 142-143).

As especificidades da medicina supramencionadas, segundo Leonardo Viera Santos, *“impedem que o radicalismo punitivo seja implementado sem que haja prejuízos a todos os envolvidos, ou seja, médicos, pacientes e sociedades em geral”* (2008, p. 139). De acordo com o autor, “medicina defensiva” é a denominação consagrada tanto na doutrina quanto na mídia para definir as consequências prejudiciais da radicalização da responsabilidade médica. Entre as decorrências, ressalta o aludido doutrinador o incremento dos seguros e o consequente repasse dos custos para os pacientes, o abandono pelos profissionais de

determinadas especialidades e, ainda, as discussões em torno de projetos de lei que visam à tarifação das indenizações decorrentes de erro médico (2008, p. 144).

Assim, delineadas as particularidades da atividade médica, segue-se com o estudo da natureza jurídica da própria responsabilidade médico-profissional.

2.3 Responsabilidade civil médica

2.3.1 Natureza jurídica e conteúdo obrigacional

Para Silvio Rodrigues, a responsabilidade dos médicos, cirurgiões e farmacêuticos é contratual, ideia que, segundo ele, atualmente, *“parece estreme de dúvida”*. Assevera o doutrinador, neste ponto, que, no passado, todavia, a concepção oposta era prevalente, *“sendo certo que o fato de se colocar a responsabilidade dos médicos e cirurgiões na órbita contratual representou, de certo modo, uma conquista do progresso científico”* (2008, p. 248).

Nesse rumo, Carlos Roberto Gonçalves aduz que não se pode recusar a formação de um verdadeiro contrato entre o cliente e o médico, quando este profissional presta atendimento. Afirma o citado autor que, apesar de muito já se ter debatido sobre o tema, hoje já não persistem mais dúvidas sobre a natureza contratual da responsabilidade médica (2010a, p. 256).

De acordo com Maria Helena Diniz, em que pese o atual Código Civil ter inserido a responsabilidade médica no capítulo relativo aos atos ilícitos, tal responsabilidade é contratual. Apresenta a autora, entretanto, minúcias sobre a natureza jurídica desta espécie responsabilidade, ao afirmar que *“realmente nítido é o caráter contratual do exercício da medicina, pois apenas excepcionalmente terá natureza delitual, quando o médico cometer um ilícito penal ou violar normas regulamentares da profissão”* (2013, p. 333-334).

Nesse sentido, assevera a citada doutrinadora:

O médico, p. ex., responderá extracontratualmente quando: a) fornecer atestado falso (art. 80 do Código de Ética Médica); b) consentir, podendo impedir, que pessoa não habilitada exerça a medicina (CEM, art. 2º); c) permitir a circulação de obra por ele escrita com erros de revisão relativos à dosagem de medicamentos, o que vem a ocasionar acidentes ou mortes, pois deve zelar, se autor da publicação científica, pela veracidade, clareza e imparcialidade das informações nela apresentadas (CEM, art. 109); d) não ordenar a imediata remoção do ferido para um hospital, sabendo que não será possível sua melhora nas condições em que o cliente está sendo tratado; e) operar sem estar habilitado para tal; f) lançar mão de tratamento cientificamente condenado, causando deformação no paciente (RT, 180:178) (2013, p. 334).

Maria Helena Diniz fornece, ainda, o exemplo do profissional médico que atende a um chamado. Segundo ela, em casos como este, o atendimento determina, desde logo, o surgimento de um contrato com o enfermo ou com a pessoa que o chamou em benefício do doente (2013, p. 334).

Na mesma linha da supracitada autora, Ruy Rosado de Aguiar Júnior pondera que, apesar de a moderna doutrina caminhar para a unificação do sistema quanto à divisão entre responsabilidade contratual e extracontratual, enquanto não houver a adaptação legal a esses novos princípios, deve-se aceitar, para o plano expositivo, que a responsabilidade médica não segue um sistema unitário (2000, p. 152). Assim, apresenta o doutrinador a seguinte divisão quanto a esta responsabilidade:

Ela pode ser contratual, derivada de um contrato estabelecido livremente entre paciente e profissional, a maioria das vezes de forma tácita, e compreende as relações restritas ao âmbito da Medicina privada, isto é, ao profissional que é livremente escolhido, contratado e pago pelo cliente.

Será extracontratual quando, não existindo o contrato, as circunstâncias da vida colocam frente a frente médico e doente, incumbindo àquele o dever de prestar assistência, como acontece no encontro de um ferido em plena via pública, ou na emergência de intervenção em favor de incapaz por idade ou doença mental. Será igualmente extracontratual a relação da qual participa o médico servidor público, que atende em instituição obrigada a receber os segurados dos institutos de saúde pública, e também o médico contratado pela empresa para prestar assistência a seus empregados. Nesses últimos casos, o atendimento é obrigatório, pressupondo uma relação primária de Direito Administrativo ou de Direito Civil entre o médico e a empresa ou o hospital público, e uma outra entre o empregado e a empresa, ou entre o segurado e a instituição de seguridade, mas não há contrato entre o médico e o paciente (2000, p. 152-153).

De acordo com Leonardo Viera Santos, não há como negar que, após análise da relação médico-paciente, *“tácita ou expressamente, haverá na esmagadora maioria das vezes um contrato disciplinando as obrigações de parte a parte”* (2008, p. 147).

Seguindo tal raciocínio, assevera o referido autor, ao tratar da relação na qual determinado cliente busca atendimento em rede de credenciados, bem como da relação entre cliente e certa seguradora ou convênio de saúde, que o fato de o paciente escolher aleatoriamente o nome de um médico em um rol de profissionais credenciados pelo plano de saúde não inviabiliza a materialização do contrato no momento em que chega ao consultório e resolve levar adiante a consulta previamente agendada. Neste ponto, pondera o referido autor que *“nada impediria que o paciente desistisse da relação antes mesmo dela começar, se, quando da sua chegada à sala de espera, detectasse, por exemplo, que o profissional era grosseiro com as pessoas ou, ainda, descuidado com o asseio pessoal”* (2008, p. 148).

Nesse sentido, afirma o mencionado doutrinador que, até mesmo nas situações envolvendo seguros de saúde, os pacientes segurados possuem vasta liberdade de escolha dos médicos com os quais pretendem se consultar, obtendo o ressarcimento posterior dos gastos correspondentes, observado o limite na apólice. Assim, para o autor, a relação entre médico e paciente resta caracterizada, sem prejuízo do contrato efetivado entre este e a seguradora (2008, p. 149).

Neste particular, pondera Leonardo Viera Santos que *“o direito contratual do novo milênio (...) mitigou a autonomia da vontade, abalando o conceito clássico dos contratos”* (2008, p. 148). De fato, conforme lição de Claudia Lima Marques, o declínio do voluntarismo no âmbito privado *“levou à relativização dos conceitos”* (2011, p. 162-163), uma vez que surgiram os chamados contratos de adesão, no qual uma das partes apenas adere ao conteúdo previamente redigido; os contratos necessários, em que a liberdade de escolha do parceiro ou a própria liberdade de contratar não mais existe; e, por fim, os contratos coativos, sendo, por vezes, irrelevante a própria revelação da vontade, diante do mandamento imperativo da lei (2011, p. 159). Desse modo, para Leonardo Viera Santos, atualmente, *“não se questiona a natureza contratual de certas relações surgidas independentemente da vontade de uma das partes”*, a exemplo do contrato de seguro obrigatório e do contrato firmado com empresa que detém o monopólio do serviço (2008, p. 148).

Especificamente quanto ao contrato médico, Carlos Roberto Gonçalves assevera trata-se de espécie do gênero “contrato de prestação de serviços” (2010a, p. 259), sendo este disciplinado pelo atual Código Civil nos artigos 593 a 609. Faz o doutrinador, entretanto, a seguinte advertência quanto ao aspecto substancial da prestação:

[...] o seu conteúdo atende à especialidade própria a esse campo da atividade humana, não se confundindo com qualquer outro ajuste de prestação de serviços, até porque não há o dever de curar o paciente. Por isso, concorrem elementos e fatores que distinguem a culpa dos médicos da exigida para responsabilizar integrantes de outras profissões. A obrigação principal consiste no atendimento adequado ao paciente e na observação de inúmeros deveres específicos. O dever geral de cautela e o saber profissional próprios do médico caracterizam o dever geral de bom atendimento. Dele se exige, principalmente, um *empenho* superior ao de outros profissionais (2010, 5 ed., p. 259).

Consoante lição de Miguel Kfoury Neto, o médico contrai obrigação incluída no gênero obrigação de fazer, normalmente infungível, que requer atividade do devedor, energia de trabalho, tanto material quanto intelectual, em benefício do paciente (credor). Segundo o autor, tal atividade engloba “*diagnóstico, prognóstico e tratamento: examinar, prescrever, intervir, aconselhar*”. Dessa forma, conclui o citado autor que a prestação assumida pelo médico é a sua própria atividade, consciente, cuidadosa, dotada de conhecimentos científicos consagrados, visando à cura (2002, p. 226).

O referido doutrinador traz, ainda, lição de Vazquez Ferreyra (1993, p. 232) para apontar as principais características da obrigação assumida pelo profissional médico em face do paciente: a) trata-se de uma prestação de atividade, na qual a finalidade última é a cura do enfermo; b) a atividade consiste na aplicação dos conhecimentos e práticas científicas; c) essa finalidade não resulta previamente assegurada ou garantida, pois a obrigação é satisfeita apenas com o desdobramento da atividade técnica ou cientificamente diligente (2002, p. 232).

O autor que melhor escreveu sobre o tema, segundo Leonardo Viera Santos, foi Kuhn (2002, p. 95-96), nos seguintes termos:

O contrato de locação de serviços está previsto em lei. Consideram-se contrato [sic] de prestação de serviço todos aqueles que não se ajustam ao conceito de contrato de trabalho, ou por não existir a subordinação, ou pela falta de continuidade, ou pelos fins da atividade. [...] No nosso ponto de vista, este é o contrato típico que mais se aproxima do contrato médico-paciente, porém, falta, entre os seus elementos essenciais, a participação do paciente, voluntária ou involuntária, sendo esta última o próprio componente de álea que caracteriza e individualiza este contrato. [...]

Como não conseguimos encontrar lugar para o contrato médico-paciente dentre os contratos típicos, concluímos que este é um contrato atípico. [...]

Assim, podemos dizer que o contrato médico-paciente é um contrato atípico modificado, por conter elementos do contrato de prestação de serviços aliados a elementos próprios desta peculiar relação jurídica (2008, p. 150).

Feitas as considerações relativas à responsabilidade contratual dos médicos bem como sobre a natureza do contrato firmado, passa-se a tratar especificamente das obrigações dos médicos no que diz respeito à divisão entre obrigações de meio e de resultados.

Silvio Rodrigues leciona que a vantagem de inserir a responsabilidade do médico na seara do contrato encontra limites, porque, em rigor, o fato de o aludido profissional não conseguir curar o paciente não significa que houve inadimplemento da avença. Consoante o mencionado civilista, isso ocorre porque, normalmente, a obrigação assumida pelo esculápio é de meio e não de resultado, tendo em vista que *“quando o cliente toma os serviços profissionais de um médico, este apenas se obriga a tratar do doente com zelo, diligência e carinho adequados, utilizando os recursos de sua profissão e arte, não se obrigando, portanto, a curar o doente”* (2008, p. 248).

Sobre o assunto, Miguel Kfoury Neto traz lição de Lorenzetti (1997, p. 8), o qual afirma que a tese pela qual a obrigação contraída pelo profissional médico centra-se tão somente nos meios por ele utilizados encontra-se ultrapassada, tendo em vista que os meios dizem respeito apenas ao núcleo da obrigação. Nesse sentido, para este autor, os deveres secundários de conduta, a exemplo do dever de informação e de seguridade, ganham alta importância para a verificação da responsabilidade, sendo que o núcleo não pode ser dividido dos deveres acessórios e secundários. Assim, segundo este autor, o vínculo obrigacional revela-se complexo e dinâmico e a culpa advém quando há omissão da diligência devida, tomando-se por base essa gama de elementos (2002, p. 234).

Ainda consoante lição de Miguel Kfoury Neto, os médicos, quase que na integralidade das especialidades, assumem obrigações de meio, de prudência, diligência ou atividade, sendo que o profissional apenas se obriga a aportar meios tendentes à obtenção da cura ou da prestação prometida ao paciente. Pondera o citado autor que se aceita a interferência de fatores aleatórios na atuação do médico, os quais impedem tal profissional de assegurar, antecipadamente, o atingimento do fim colimado (2002, p. 235).

O mencionado doutrinador faz, também, uma relação entre a obrigação de meio assumida pelo profissional médico e a temática do ônus da prova, nos seguintes contornos:

A circunstância de se considerar a obrigação contraída pelo médico como sendo de meios resulta, sem dúvida, no abrandamento da sua responsabilização. Isto porque, no contexto da obrigação de meios, o ônus da prova da existência do ato culposo do médico incumbe ao paciente.

Frequentemente, a verificação do dano não envolve maiores perquirições. Houve morte ou a vítima sofreu lesões corporais de maior ou menor gravidade, às vezes incapacitantes, teve afetado seu patrimônio moral ou material, enfim, experimentou qualquer forma de abalo à sua integridade física ou mental.

Se, durante a demanda judicial, não se consegue provar em que consistiu a conduta culposa do médico, o resultado é a improcedência do pedido condenatório formulado pelo autor.

Em suma, a enorme importância dessa distinção sempre se relacionou, essencialmente, ao ônus da prova (2002, p. 236).

Miguel Kfoury Neto registra, ainda, o surgimento de novas teorias, como a da carga dinâmica das provas, que modificam a distribuição do encargo probatório no contexto de um processo. De acordo com o autor, o ponto de partida é a constatação da existência de um princípio imodificável no sentido de que o profissional médico *“não pode atingir um resultado ideal em todas as intervenções a que se propõe”*. A partir dessa realidade, segundo o autor, passa-se à verificação do insucesso, por meio das seguintes questões: *“por que o paciente morreu, ou resultou agravado seu estado físico? O médico, por seu atuar imperito, negligente ou imprudente, ocasionou esse agravamento?”* E ainda: *“Pode-se atribuir a ruína da saúde do paciente a causa endógenas, desencadeadas pelo seu próprio organismo, sem a interferência da atuação médica?”* (2002, p. 236).

Consoante o mencionado doutrinador, a resposta a tais indagações conduz à procedência ou à improcedência do pleito indenizatório, sendo indiferente saber se a obrigação, em si, era de meio ou de resultado. Nesse sentido, de acordo com o autor, após a constatação da existência do dano, basta somente verificar quem o causou, se o médico – que poderia ter atuado de modo diverso e não o fez – ou causa distinta, inteiramente fora do alcance da atuação do profissional. Assim, no tocante ao ônus probatório, afirma o referido autor que, no curso das fases do processo, *“o juiz avaliará a questão da prova, sem apriorismos – determinando ora ao autor, ora ao réu, que tragam subsídios para a decisão justa da causa”* (2002, p. 237).

Segundo Genival Veloso de França, há na responsabilidade civil do médico uma obrigação de meios ou de diligências, em que o próprio empenho do esculápio é o objeto do contrato, desprovido de acordo de resultado. Ressalta, todavia, que compete ao profissional, dedicar-se da melhor maneira e usar da integralidade dos recursos necessários e disponíveis – o que também não significa que ele esteja imune à culpa. Afirma o autor, ainda, que *“essa é a ideia que tem prevalecido. O contrário seria conspirar contra a lógica dos fatos”* (2013, p. 266).

A posição do mencionado doutrinador parece ir ao encontro da defendida por Miguel Kfoury Neto, no sentido da não aceitação da discriminação entre obrigações de meio de resultado, quando afirma que, atualmente, mesmo em se tratando de especialidades tidas como obrigações de resultado, a exemplo das cirurgias puramente estéticas, já se analisa com cautela essa definição tão radical de sucesso absoluto, porque o certo, segundo ele, é decidir com base nas circunstâncias de cada caso e o contrário *“é contraditar-se com a própria natureza das coisas”* (2013, p. 266).

Neste ponto, cumpre registrar a posição de Leonardo Viera Santos, que segue essa mesma linha. Aponta o autor, parafraseando Branco (1996, p. 56), dois principais argumentos daqueles que inserem a cirurgia estética como obrigação de resultado: a desnecessidade moral da cirurgia e a sua inutilidade perante a saúde do paciente. Ocorre que, segundo Leonardo Viera Santos, atualmente, em uma sociedade voltada para o culto do corpo, em que a valorização da beleza é acentuada, há total aceitação dos procedimentos estéticos da medicina pela coletividade. Ademais, para ele, não pode prevalecer o argumento no sentido de que as cirurgias estéticas sejam inúteis perante a saúde, uma vez que o conceito de saúde, hoje, é muito mais amplo do que foi no passado (2008, p. 252-253).

Nesse rumo, de acordo com o citado autor, a cirurgia plástica, posto que meramente estética, também está sujeita à álea inerente às outras especialidades da ciência médica, de sorte que implica em obrigações de meio – o que *“não afasta de tal especialidade a premência na adoção de cuidados ainda maiores por parte dos médicos no que tange ao dever de informação, ao consentimento informado e à boa-fé no relacionamento com os pacientes”* (2008, p. 154).

Por fim, cumpre registrar a advertência feita pelo aludido doutrinador para os casos, envolvendo qualquer especialidade médica, em que o profissional médico garante resultados:

É bom que se diga, outrossim, em ressalva que também vale para as obrigações dos médicos em todas as especialidades da medicina, que se o profissional garante resultados para potencializar sua clientela ou por qualquer outro motivo, se faz uso de avançados softwares para simular o “antes e o depois”, assegurando este “depois”, então sua obrigação será tratada como se de resultado fosse. Veja-se, neste sentido, o que dizem Gagliano e Pamplona Filho (2003, p. 237): “Excepcionalmente, atividades que denotem uma obrigação de meio podem se converter em uma obrigação de resultado, a depender da forma como se deu a pactuação com o consumidor dos serviços médicos” (2008, p. 154-155).

Assim, tecidos os comentários sobre a natureza jurídica e o conteúdo obrigacional referentes à responsabilidade civil dos médicos, passa-se a tratar, especificamente, do denominado erro médico e seus contornos.

2.3.2 Erro médico

Consoante lição de Leonardo Viera Santos, erro médico compreende a atuação culposa do esculápio, isto é, envolve uma conduta negligente, imprudente ou imperita, em inobservância ao dever de tomar cuidados conscienciosos em benefício dos pacientes. O mencionado autor vincula tal expressão, assim, à conduta e à culpa do profissional e não à ocorrência de efetivo dano, aderindo, dessa forma, “à ala minoritária de mais uma polêmica doutrinária envolvendo o conceito de ‘erro médico’” (2008, p. 159). Registra o aludido doutrinador, neste ponto, que tal denominação e “medical malpractice” ou “má prática médica” são expressões equivalentes (2008, p. 159).

Para os casos de intervenção malsucedida em decorrência dos fatores randômicos inerentes à medicina, utiliza o aludido doutrinador a expressão “fato escusável”. Nesse sentido, para este autor, tal denominação equivaleria ao desfecho danoso de certo procedimento médico, quando ocorrido “*mesmo após a adoção de cuidados conscienciosos e adequados à luz do estágio atual da medicina*”.

Ainda sobre o fato escusável, discorre o aludido doutrinador:

Não se decidiu pelo uso das expressões “erro escusável” (CROCE; CROCE JÚNIOR, 2002, p. 32) e “erro honesto” (KFOURI NETO, 2001, p. 97; SOUZA, N., 2000, p. 2), pois em muitas das supracitadas situações não se pode falar, em verdade, que o galeno tenha errado, já que apenas se viu impotente para evitar o inevitável. Note-se, ainda, que, por vezes, a lesão imposta ao paciente não decorre de um erro, mas de uma opção consciente do médico visando evitar um mal maior, como ocorre na hipótese de iatrogenia *stricto sensu* (...). Demais disso, é bom evitar a repetição do vocábulo erro, já usado na expressão antitética destinada a denominar os danos decorrentes da conduta culposa (2008, p. 160).

De acordo com Genival Veloso de França, discute-se bastante se o profissional médico responde por erro de diagnóstico ou por erro de conduta. Segundo o autor, o entendimento majoritário é no sentido de que o erro de diagnóstico não é culpável, exceto nos casos de manifesta negligência; omissão de regras e técnicas atuais e disponíveis; não consideração das

análises e resultados durante a emissão do diagnóstico (valendo-se chamado “olho clínico”), ou, ainda, nos casos em que tenha “*optado por uma hipótese remota ou absurda*” (2013, p. 245).

Sobre a questão, Maria Helena Diniz afirma que o erro de diagnóstico escusável em virtude do estágio atual da medicina retira qualquer responsabilidade do médico, todavia, se grosseiro, levará à responsabilização do profissional. Por isso, afirma que o médico, ao dar seu diagnóstico, deverá agir de forma prudente e reflexiva (2013, p. 341).

Genival Veloso de França destaca, ainda, que também é polêmica a possibilidade de o esculápio ser responsabilizado por erro de prognóstico. Para o citado autor, é certo que não se pode exigir deste profissional o conhecimento de tudo que venha a ocorrer em “*imponderáveis desdobramentos*”, exigindo-se, entretanto, prudência e reflexão. Por fim, destaca o aludido doutrinador que os chamados erros de conduta podem ocorrer, sendo os mais comuns. Nessa linha, as regras de conduta analisadas na verificação da responsabilidade médica, segundo ele, dizem respeito aos deveres de informação, de atualização, de vigilância e de abstenção de abuso (2013, p. 245).

No tocante ao dever de informação, Genival Veloso de França assevera que é fundamental a informação ao paciente acerca da necessidade de certas condutas ou intervenções, bem como sobre seus riscos e consequências. Sinaliza o autor que tal dever é imperativo como requisito prévio ao consentimento. Segundo ele, “*o ato médico só alcança sua verdadeira dimensão e seu incontestável destino com a obtenção do consentimento do paciente ou dos seus responsáveis legais*” – o que atende ao princípio da autonomia ou da liberdade, segundo o qual todo homem tem o direito de ser autor do próprio destino (2013, p. 245-246). Registra o aludido doutrinador, ainda, que tal informação ao paciente deve ser adequada, conforme o que segue:

[...] exige-se que o consentimento seja esclarecido, entendendo-se como tal o obtido de um indivíduo capaz civilmente e apto para entender e considerar razoavelmente uma proposta ou uma conduta médica, isenta de coação, influência ou indução. Não pode ser colhido esse consentimento através de uma simples assinatura depois de leitura apressada em textos minúsculos de formulários a caminho das salas de operação, mas por meio de uma linguagem acessível ao seu nível de conhecimento e compreensão (princípio da informação adequada) (2013, p. 246).

Também quanto ao dever de informação ao paciente, explicita o aludido doutrinador que toda vez que houver alterações significativas nos procedimentos terapêuticos, deve-se

obter o chamado consentimento continuado, uma vez que a permissão dada anteriormente continha tempo e atos determinados (princípio da temporalidade). Destaca o citado doutrinador, ainda, que, em qualquer momento da relação, o paciente tem o direito de não mais permitir certa prática ou conduta (princípio da revogabilidade), não sendo o consentimento algo implacável (2013, p. 246).

Ensina o referido autor que o dever de informação compreende informações acerca das condições de trabalho; informações registradas no prontuário, o qual consiste não só no *“registro da anamnese do paciente, mas todo o acervo documental ordenado e conciso, referente às anotações e cuidados médicos prestados e aos documentos anexos”*, bem como informações aos outros profissionais, tendo em vista que *“muitas são as oportunidades em que a participação de outros profissionais da saúde é imprescindível”* (2013, p. 247).

Assevera Leonardo Vieira Santos que tais deveres de informação e consentimento representam, em verdade, obrigações de resultado do médico, razão pela qual, em havendo discussão judicial acerca de sua inobservância, caberá ao profissional *“provar que informou, esclareceu, e obteve consentimento”* (2008, p. 187). O citado autor destaca, ainda, que, caso não haja o consentimento informado, o profissional torna-se responsável por qualquer dano que advenha do tratamento, inclusive o resultante da álea da medicina, uma vez que não houve decisão do paciente com base na autonomia da vontade (2008, p. 191). Na mesma linha, o entendimento de Sergio Cavaleiri Filho, o qual preconiza que *“só o consentimento informado pode afastar a responsabilidade médica pelos riscos inerentes à sua atividade”* (2012, p. 412).

Por fim, registra Leonardo Vieira Santos que, mesmo que do procedimento efetuado sem o consentimento não advenha *“dano corporal ao paciente, este ainda poderá ajuizar ação indenizatória para obter compensação pelos danos morais puros decorrentes da intervenção havida no seu corpo sem o devido consentimento informado”* (2008, p. 192).

Quanto ao dever de atualização, Genival Veloso de França assevera que o regular exercício profissional do médico implica o aprimoramento continuado, advindo por meio dos conhecimentos mais recentes de sua profissão, no que diz respeito às técnicas de exame e aos meios de tratamento. Segundo o autor, o que se quer descobrir, na verdade, é se em determinado ato profissional pode-se admitir a imperícia, isto é, se o dano resultou da inobservância de normas técnicas ou despreparo profissional. Neste particular, alerta o

doutrinador que a chamada culpa profissional é difícil de ser constatada, sendo que os magistrados devem se valer da experiência dos peritos (2013, p. 248).

No que tange ao dever de vigilância e de cuidados, pondera o referido autor que o ato médico deve ser isento de qualquer tipo de omissão, seja por abandono de paciente, seja por restrição do tratamento ou por demora no encaminhamento necessário. A título de exemplo, registra o autor a troca de medicamento por letra indecifrável; o esquecimento de objetos em cirurgias; a permanência do profissional em sala de repouso, limitando-se a prescrever sem ver o paciente; a medicação por telefone sem confirmar o diagnóstico e; por fim, a não solicitação de exames necessários (2013, p. 248-249).

Ainda quanto ao dever de vigilância e de cuidados, o aludido doutrinador faz observações importantes quanto à substituição médica e a atos realizados por equipe médica, nos seguintes termos:

Pode o médico faltar com o dever de vigilância pela omissão de outro médico? Alguém já chamou isso de negligência vicariante. Isto é, quando certas tarefas exclusivas de um profissional são repassadas a outro, e o resultado não é satisfeito. Exemplo: um médico confiando no colega deixa o plantão na certeza de pontualidade deste, o que não vem a se verificar. E, em consequência, um paciente vem sofrer danos pela ausência do profissional naquele local de trabalho. Pergunta-se: qual dos dois faltou com o dever de vigilância e de cuidados? O Código de Ética Médica dos Conselhos de Medicina do Brasil considera que ambos são infratores. O mesmo não se diga quando um médico é substituído por um colega, mesmo a seu pedido, e este age negligentemente. Seria injusto que o primeiro médico respondesse pelo descaso do outro, quando este poderia atender o paciente de maneira cuidadosa. O médico indicado para substituir um outro não pode ser considerado como preposto dele. A condição de profissional liberal habilitado legal e profissionalmente afasta a possibilidade de preposição, cabendo-lhe responder pelos seus próprios atos. É patente que tal substituição deve ser realizada por outro profissional que tenha a devida qualificação, baseada no “princípio da confiança”, no qual alguém acredita que o outro venha a atuar de forma correta, sempre que as circunstâncias permitam. Isso se verifica também quando se analisa a responsabilidade do membro de uma equipe, desde que ele esteja qualificado para exercer aquele tipo de tarefa. Não se deve responsabilizar um chefe de equipe se um dos seus membros faltou com o dever de vigilância para aquilo que é de sua competência (2013, p. 249).

Por fim, trata Genival Veloso de França do dever de abstenção de abuso, sustentando, neste aspecto, que, quando da avaliação de um dano gerado por um ato médico, deve-se verificar se o esculápio *“agiu com a cautela devida, e, portanto, descaracterizada de precipitação, inoportunismo ou insensatez”*. Segundo o autor, o excesso na terapêutica ou nos meios propedêuticos mais arriscados caracteriza o desvio de poder e, se o dano adveio deste excesso, não há que se negar a responsabilidade profissional. Assim, explicita o doutrinador que *“qualquer ato profissional mais ousado ou inovador, fora do consentimento esclarecido*

do paciente ou de seu representante legal, tem de ser justificado e legitimado pela imperiosa necessidade de intervir”. Adverte, ainda, que *“quando isso não for possível, em face do desespero da morte iminente, que se faça com sprit de finesse”* (2013, p. 250).

A título de exemplo, destaca o aludido doutrinador:

Falta com dever de abstenção de abuso o médico que opera pelo relógio, que dispensa a devida participação do anestesista ou que delega certas práticas médicas a pessoal técnico ou a estudantes de medicina, sem a sua supervisão e instrução. Nesse último caso, mesmo sendo comprovada a imprudência ou negligência deles, não se excluiu a responsabilidade do médico por culpa in vigilando.
Constitui abuso ou desvio de poder o médico fazer experiência no homem, sem necessidade terapêutica, pondo em risco sua vida e sua saúde (2013, p. 250).

Diante do exposto, feita a explanação acerca do erro médico e seus contornos, passa-se às observações derradeiras deste capítulo, as quais dizem respeito à adoção da teoria clássica no âmbito da responsabilidade civil dos médicos.

2.3.3 Acolhimento da teoria clássica

Consoante lição de Leonardo Viera Santos, a constatação do dever de indenizar resultante do atuar médico implica no acolhimento da teoria clássica da responsabilidade civil, isto é, passa inegavelmente pela ideia de culpa (2008, p. 160). Partindo-se desta ideia, a responsabilidade civil médica apresenta os seguintes pressupostos: conduta humana, a qual já foi analisada acima, quando se tratou da temática envolvendo exercício, ato e erro médicos; dano, o qual, no âmbito médico, não apresenta substanciais diferenças da temática abordada no capítulo inaugural; nexo de causalidade e, por fim, nexo de imputação consubstanciado na culpa.

Neste aspecto, adverte o aludido doutrinador que se o tratamento dos pressupostos conduta e dano é relativamente simples, o mesmo não se pode falar dos restantes, cuja análise *“representa complexo desafio”* (2008, p. 163). No que tange ao nexo de causalidade, assevera o mencionado doutrinador que não há como fugir da necessidade de se verificar a conduta do médico conjuntamente com os fatores aleatórios da medicina, com o intuito de saber se o dano ocorreu efetivamente do ato médico (2008, p. 164).

Ainda segundo lição de Leonardo Viera Santos, as excludentes genéricas de causalidade podem, quando configuradas, ser utilizadas pelos profissionais médicos como

defesas (2008, p. 166). De acordo com este doutrinador, o empenho dos autores no sentido de demonstrar a existência de excludentes de causalidade peculiares da atividade médica termina sendo em vão. Para ele, acabam indicando, normalmente e em última análise, *“situações de caso fortuito e força maior ou de outras excludentes já conhecidas no mundo jurídico, apenas usando terminologias diferentes, inspiradas no vocábulo médico, em decorrência dos fatores randômicos inerentes à medicina”* (2008, p. 164).

Neste particular, preconiza o citado autor que a chamada iatrogenia em sentido estrito, isto é, a lesão advinda do atuar médico, deliberadamente ou não, *“causada pelo profissional por ser necessária ou decorrente de tratamento imprescindível para se tentar a cura de um mal maior”*, como no caso de amputação de um membro em virtude de diabetes ou para evitar uma gangrena, é vista sob diferentes ângulos: exercício regular de um direito (Azi, 2000, p. 31) ou força maior (Couto Filho (2004, p. 141). Assim, para o mencionado doutrinador, o fundamental, do ponto de vista prático, é dominar o conceito de iatrogenia e ter a convicção de que se trata, indiscutivelmente, de hipótese de excludente da responsabilidade médica (2008, p. 165-166).

No que diz respeito ao último elemento, o nexo de imputação consubstanciado na culpa, Leonardo Viera Santos é categórico ao afirmar que, apesar de o segmento médico não ter escapado da mira dos que defenderam a indiscriminada tendência à objetivação da responsabilidade civil, *“deve-se assegurar que as especificidades da medicina representam óbice intransponível à ideia de retirar a culpa do posto de fator de imputação do dever de indenizar decorrente da atuação profissional dos escúlapios”* (2008, p. 167).

Sobre o tema, ensina Ruy Rosado de Aguiar Júnior que à violação de um dos deveres médicos por parte do escúlpio deve somar-se a culpa, *“nas modalidades imprudência (agir com descuido), negligência (deixar de adotar as providências recomendadas), imperícia (descumprimento de regra técnica da profissão)”* (2000, p. 158). Sobre a constatação da culpa, leciona o citado autor:

A sua apuração obedece aos mesmos procedimentos adotados para a definição da culpa comum: diante das circunstâncias do caso, o juiz deve estabelecer quais os cuidados possíveis que ao profissional cabia dispensar ao doente, de acordo com os padrões determinados pelos usos da ciência, e confrontar essa norma concreta, fixada para o caso, com o comportamento efetivamente adotado pelo médico. Se ele não a observou, agiu com culpa. Essa culpa tem que ser certa, ainda que não necessariamente grave (...) (2000, p. 158).

Tal lição parece convergir com os ensinamentos de Miguel Kfoury Neto, o qual assevera que, para se determinar se o evento era o não previsível, faz-se uso do *standard* do médico diligente. Assim, afirma o doutrinador que “*se, para a generalidade dos médicos, a causa do dano, nas circunstâncias consideradas, não poderia ser superada, nem ao menos cogitada, admitir-se-á o resultado como inevitável ou imprevisível*”, ressaltando que esta aferição é casuística e considerará o aparelhamento e os meios disponíveis (2002, p. 40).

Quanto à prova da culpa do profissional médico, além de se aplicarem as considerações feitas no capítulo inaugural deste trabalho sobre o ônus probatório e as tecidas neste capítulo, sobre a teoria da carga dinâmica das provas, forçoso registrar, também, observação de caráter prático feita por Sergio Cavalieri Filho, nos seguintes termos:

A prova da culpa, imprescindível, pelo que ficou exposto, não é fácil de ser produzida. Em primeiro lugar porque os Tribunais são severos na exigência da prova. Só demonstrando-se erro grosseiro no diagnóstico, na medicação ministrada, no tratamento desenvolvido, ou, ainda, injustificável omissão na assistência e nos cuidados indispensáveis ao doente, tem-se admitido a responsabilização do médico. Em segundo lugar porque a matéria é essencialmente técnica, exigindo prova pericial, eis que o juiz não tem conhecimento científico para lançar-se em apreciações técnicas sobre questões médicas. E, nesse campo, lamentavelmente, ainda funciona o *esprit de corps*, a conspiração do silêncio, a solidariedade profissional, de sorte que o perito, por mais elevado que seja o seu conteúdo, não raro, tende a isentar o colega pelo ato incriminado (2012, p. 404).

Nesse diapasão, em que pese a dificuldade de comprovar a culpa na atividade dos esculápios, resta inegável o acolhimento da teoria clássica por parte da legislação brasileira. É o que sustenta expressamente o § 4º do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, bem como o que se depreende da leitura do art. 951 do atual Código Civil, mantendo a mesma disciplina do art. 1.545 do diploma civilista de 1916.

No que diz respeito ao artigo 927, *caput*, do Código Civil, assevera Sergio Cavalieri Filho que tal dispositivo, conjugado com o art. 187 do mesmo diploma, traz a primeira cláusula geral de responsabilidade objetiva, ao tratar do abuso de direito (2012, 10 ed., p. 171). Seu parágrafo único, por sua vez, de acordo com o aludido doutrinador, consagra a segunda cláusula geral de responsabilidade objetiva (2012, 10 ed., p. 185), sendo que “*todo aquele que se disponha a exercer alguma atividade empresarial ou profissional tem o dever de responder pelos riscos que ela possa expor à segurança e à incolumidade de terceiros, independentemente de culpa*” (2012, p. 188).

Neste particular, adverte Leonardo Viera Santos que a atividade dos esculápios não se enquadra na previsão do parágrafo único do mencionado artigo, tendo em vista que, segundo ele, o atuar médico lida com perigo e não risco, razão pela qual se deve evitar denominar tal atividade de arriscada. De acordo com este doutrinador, tal profissão, em realidade, atua com *“perigos (doenças, iatrogenia, morte), tendo em vista que não está nas mãos dos esculápios a decisão sobre as reações do organismo humano e as formas de ataque à saúde das pessoas, as quais, com médicos ou sem médicos, continuarão adoecendo e falecendo”*, diferentemente do que ocorre com as atividades arriscadas propriamente ditas, a exemplo da exploração de energia atômica, aviação, produção de energia elétrica e explosivos (2008, p. 172-173).

Registre-se, por fim, que, se o tema da responsabilidade civil dos médicos não suscita grandes polêmicas, ainda que existam divergências quanto à natureza jurídica e à inversão do ônus probatório, consoante se verificou neste capítulo, o mesmo não se pode afirmar acerca da responsabilidade dos hospitais privados nos casos de danos resultantes de intervenção médica, conforme será explanado a seguir.

3 NEXO DE CAUSALIDADE E CULPA NA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS HOSPITAIS PRIVADOS

3.1 Hospital, histórico e especificidades da atividade médico-hospitalar

Inicialmente, forçoso registrar lição de Miguel Kfoury Neto, o qual assevera que se tem constatado, sobretudo nas três últimas décadas, significativa mudança no relacionamento médico-paciente (2010, p. 23). Segundo este doutrinador, *“as tratativas entre o médico e o paciente correspondiam a uma relação nascida da admiração pelos reconhecidos méritos do profissional”*. Todavia, ressalta o autor que, com o passar do tempo, tanto o paciente quanto o profissional tornaram-se *“simples peças de uma engrenagem maior”*. De acordo com o referido doutrinador, *“a relação foi-se debilitando gradualmente, até se perderem de vista os valores pessoais, que representavam a própria essência daquele relacionamento. A comunicação entre ambas as partes se deteriorou, dando lugar a conflitos mais diversos”* (2010, p. 27).

Segundo o mencionado doutrinador, não se mostra mais suficiente apenas o estudo responsabilidade civil do médico enquanto profissional liberal, tendo em vista a intervenção

de outros personagens no relacionamento médico-paciente (2010, p. 26). Sobre a questão, destaca o citado autor:

[...] a relação entre o médico e o enfermo não mais se restringe às duas pessoas envolvidas na atividade curativa. É raríssimo que alguém procure, particularmente, o médico, remunerando-o diretamente pelos serviços prestados. Hoje, como já ressaltado, intervêm os planos e seguros de saúde, os hospitais, o próprio Estado, muitas vezes com ingerências nocivas à saúde do doente. Ora é o plano de saúde que veda a realização de determinado exame complementar – e o médico, para não se indispor, cede diante daquela interferência – e culmina por retardar a cura ou prescrever tratamento equivocado; ora é o hospital, a exigir desinternação rápida, quando ainda seria conveniente a permanência do paciente por mais tempo internado; ora é o Estado, que despende recursos insuficientes para o custeio da saúde pública – e parece mostrar-se insensível diante dos dramas cotidianos das pessoas desassistidas. E as situações conflituosas culminam por deteriorar vínculos – outrora fundados em recíproca fraternidade. Daí exsurge a insatisfação e a revolta – que evolui para as demandas judiciais, mesmo inexistente culpa do médico, pelo mau resultado eventualmente verificado (2010, p. 29-30).

De acordo com Genival Veloso de França, ultimamente, vem-se cuidando mais detidamente da responsabilidade civil dos hospitais, clínicas, laboratórios e bancos de sangue, por meio do ajustamento do ordenamento civil à realidade social contemporânea e às mudanças “*sofridas na recente implantação entre nós da política de saúde*” – o que, segundo ele, estimulou os pacientes ou seus representantes a pleitearem reparação dos danos nas situações envolvendo um “*resultado atípico ou indesejado na assistência nosocomial*”. Sustenta o referido autor que, por outro lado, verifica-se que a ordem jurídico-civil constituída principia a se organizar em volta de uma lista de normas visando à equidade e ao atendimento dos reclamos da sociedade, sendo que, nessa ordem, o que mais se destaca é a reparação dos danos ocorridos no âmbito dos estabelecimentos de saúde (2013, p. 286).

Ainda sobre o tema, Ruy Rosado de Aguiar Júnior registra que, no exercício de sua função, o esculápio contata com diversas pessoas e entidades, “*com as quais mantém relações jurídicas de diversas espécies*”, a exemplo da relação entre o médico e o hospital, o médico e seu pessoal auxiliar, o cirurgião e o anestesista, entre outras, sendo todas “*situações relevantes, algumas vezes complexas (...)*” (2000, p. 164).

Especificamente quanto ao hospital, Ruy Rosado de Aguiar Júnior assevera que representa ele uma universalidade de fato, composta “*por um conjunto de instalações, aparelhos e instrumentos médicos e cirúrgicos destinados ao tratamento de saúde, vinculada a uma pessoa jurídica, sua mantenedora, mas que não realiza o ato médico*” (2000, p. 164).

Nesse mesmo norte, Leonardo Viera Santos traz lição de Caramuru Afonso Francisco (1991, p. 184), o qual dispõe que:

[...] hospital é estabelecimento aparelhado com todos os recursos médicos e cirúrgico para o tratamento de doentes [...]
 [...] este estabelecimento que se denomina hospital, não é dotado de personalidade jurídica, consoante lição dos juristas. Este estabelecimento é objeto de direito, é universalidade de fato, para aqui se utilizar ensinamento próprio do direito comercial, mas que encontra total aplicabilidade no tema em tela. A este estabelecimento, a este conjunto de bens e serviços está relacionado um titular, este sim o sujeito de direito, a pessoa jurídica, a associação, a sociedade ou a fundação (2008, p. 196).

Sobre o tema, destaca Leonardo Viera Santos ser mais apropriado um conceito amplo, conforme o proposto por Azi (2000, p. 63), no sentido de ser o hospital, também chamado de nosocômio ou casa da saúde, *“como o local onde se recebem e se tratam os doentes”*. Segundo o primeiro autor, tal definição melhor justifica a escolha terminológica de alguns autores, como Almeida (2004, p. 15) e Zarif (2001, p. 177), os quais utilizam o termo “hospital” como gênero que aborda, inclusive, sanatórios, clínicas, casas de saúde e similares. Para Leonardo Viera Santos, trata-se de um bom conceito, também por ele adotado, tendo em vista *“que os estudos relativos à responsabilidade civil dos hospitais em sentido estrito são perfeitamente válidos no que tange a todo e qualquer estabelecimento habitualmente destinado a servir de palco para a prática de atos médicos”* (2008, p. 197).

Acerca da diferenciação entre a atividade médica prestada por profissionais liberais daquela realizada no âmbito de um estabelecimento hospitalar, merece destaque a seguinte explanação trazida por Hélio do Valle Pereira:

Diversa é a hipótese quando a atividade médica passa a ser *elemento de empresa*. Pense-se em uma clínica que mantenha empregados que sejam médicos e que forneçam o tratamento prometido. Eles não agirão, em tal contexto, em nome próprio, mas sob o comando do empregador. O liame se dará com a pessoa jurídica, que estará exposta ao regime de responsabilidade objetiva (art. 14, *caput*, do CDC). Pode ocorrer que haja a constituição de pessoa jurídica, mas ainda assim o caráter de profissão liberal não desapareça. Imagine-se que dois médicos formem uma sociedade, mas continuem se dedicando à atividade de origem. Então, permanecem atendendo diretamente os pacientes; o serviço prestado não é anônimo, mas pessoal dos médicos (o concurso de auxiliares é coadjuvante). O caráter liberal da profissão permanece. A intenção, ao ser formada a sociedade, era apenas no sentido de conjugar esforços para a melhor qualificação dos serviços. Trata-se, insistindo nos exemplos, de situação diversa daquela de um hospital mantido por pessoa jurídica formada coincidentemente por médicos. Ali, o labor intelectual de cada um dos especialistas ficará esmaecido. A massificação dos atendimentos, a necessidade de contratação de outros profissionais da saúde

(especialmente outros médicos, que atuarão em regime de subordinação) e assim por diante levarão a sobrelevar a intenção meramente empresarial. A sociedade mantenedora do hospital poderia ser indiferentemente mantida por médicos ou por quaisquer outras pessoas. A profissão liberal que havia na origem (por parte dos integrantes da sociedade) fica esquecida (2011, p. 378-379).

Registra o aludido magistrado, ainda, que o empresário não necessita obrigatoriamente, constituir-se em pessoa jurídica, sendo que o art. 966 do Código Civil não afirma que o empresário formará sempre um ente ideal. Nesse rumo, destaca o mencionado autor que, em tese, *“uma clínica pode ser de titularidade de uma pessoa física (empresária), que manterá empregados, mas que preferiu, por estratégia, não se consorciar a outras pessoas e então constituir algum tipo societário (com aquisição de personalidade jurídica distinta de seus integrantes)”*. Observa o citado autor, também, que não se pode olvidar que as sociedades sejam de fato ou irregulares, isto é, não constituídas formalmente ou registradas, respectivamente, sem personalidade jurídica própria, conforme previsão do art. 886 do Código Civilista (2011, p. 379).

Assevera o referido magistrado, ainda, parafraseando Arnaldo Wald (2005, p. 41-42), que o objetivo de lucro pode não ser elemento necessário da empresa, desde que haja intenção econômica de criação ou circulação de riquezas. Aduz o primeiro autor ser esta uma questão relevante, sobretudo na área médica, na qual é normal que existam *“estabelecimentos de saúde mantidos por entidades que não têm fins lucrativos, mas somente assistenciais (como Igrejas). Aliás, o caráter assistencial da atividade não afasta a relação de consumo médica se houver remuneração pelos serviços”* (2011, p. 379).

No que diz respeito ao histórico da atividade médico-hospitalar, afirma Leonardo Viera Santos que os hospitais, até aproximadamente cinquenta anos atrás, passaram por situação parecida com a responsabilidade eufemística dos médicos – período em que, segundo ele, sequer se conjecturava o ajuizamento de ações indenizatórias em face dos nosocômios. Neste particular, traz o citado autor lição de Croce e Croce Júnior (2002, p. 18), a qual ensina que houve tempo em que a responsabilidade dos hospitais e casas de saúde não era admitida, sob o fundamento de que tais estabelecimentos apenas ofereciam meios e recursos para o esculápio desempenhar sua função, sendo este o único possível de responder por danos resultantes de ato culposo por ele praticado (2008, p. 199).

Leonardo Viera Santos preconiza que uma das razões que explicam esta espécie de *“imunidade indenizatória”* protetora dos hospitais está ligada ao fato de os primeiros

nosocômios do País terem sido estruturados e gerenciados por religiosos, sem fins comerciais. A título de exemplo, traz a realidade baiana, registrada por Rocha (2002, p. 03), a qual assevera que até 1950, *“o Estado contava com uma assistência médica e hospitalar baseada quase que exclusivamente nas Santas Casas de Misericórdia e hospitais filantrópicos, que sucederam as pioneiras Casas Pias”*, sendo que a principal marca desses hospitais era a presença de religiosos em sua administração (2008, p. 199).

Explicita Leonardo Viera Santos, todavia, que nos últimos vinte anos constatou-se elevado crescimento do número de estabelecimentos hospitalares comandados pela iniciativa privada – fato contra o qual, segundo ele, não existem argumentos. De acordo com o referido autor, saiu-se de um panorama em que existiam poucos estabelecimentos hospitalares, dos quais a maioria era administrada por religiosos e protegida pela chamada “imunidade indenizatória”, chegando-se ao contexto contemporâneo, marcado por grandes hospitais, *“instalados sobre premissas contemporâneas, para o bem ou para o mal, sem que haja mais espaço para a sobredita ‘imunidade’”* (2008, p. 200).

Quanto às especificidades da atividade hospitalar, afirma Leonardo Viera Santos que os hospitais, do mesmo modo que os médicos, estão sujeitos à álea relativa à medicina, a qual rigorosamente conduz ao reconhecimento de que suas obrigações, no tocante aos serviços médicos propriamente ditos, serão de meios e não de resultados. Nesse sentido, traz lição de Zarif (2001, p. 181), o qual explicita que *“se a responsabilidade do médico é de meio e não de resultado, assim também o é a do hospital, naquilo que diz respeito aos mesmos fatos pertinentes à atuação do profissional liberal”* (2008, p. 197).

Explicita o mencionado doutrinador, parafraseando Azi (2000, p. 64), outra particularidade da atividade hospitalar, no sentido de não poderem os hospitais, por si sós, praticar atos médicos em sentido estrito. De fato, conforme se verificou no capítulo antecedente, é estabelecido por lei que a denominação “médico” é privativa dos graduados em cursos superiores de Medicina, e o exercício da profissão, dos inscritos nos devidos Conselhos de Medicina. Neste ponto, verifica-se que tal particularidade é também registrada por Ruy Rosado Aguiar Júnior, quando afirma que:

Quando se fala aqui em hospital, a referência é à da pessoa jurídica que o mantém. O hospital firma com o paciente internado um contrato hospitalar, assumindo a obrigação de meios consistente em fornecer hospedagem (alojamento, alimentação) e de prestar serviços paramédicos (medicamentos, instalações, instrumentos, pessoal de enfermagem, etc.); se dispuser de um corpo de médicos – seus empregados –,

também poderá assumir a obrigação de prestar serviços médicos propriamente ditos (2000, p. 165).

Por fim, destaca Leonardo Viera Santos que, mesmo que vinculados ao hospital por uma relação de emprego, os esculápios mantêm, de alguma forma, sua natureza de profissionais liberais, sua autonomia (2008, p. 198). Neste ponto, parece ser dificultosa a delimitação da abrangência de tal autonomia profissional, tendo em vista que a relação de emprego é marcada, dentre outras características, pela subordinação. Pode-se questionar, inclusive, se a supracitada afirmação do referido autor não se trata de visão demasiadamente ingênua, que segue à risca os preceitos teóricos do Código de Ética Médica, segundo os quais é vedado ao médico *“deixar de assegurar, quando investido em cargo ou função de direção, os direitos dos médicos e as demais condições adequadas para o desempenho ético-profissional da Medicina”* (art. 19), bem como *“permitir que interesses [...] do seu empregador ou superior hierárquico [...] interfiram na escolha dos melhores meios de prevenção, diagnóstico ou tratamento disponíveis e cientificamente reconhecidos no interesse da saúde do paciente ou da sociedade”* (art. 20).

Assim, explanadas as ponderações acerca do conceito de hospital e de seu histórico no País, bem como de suas particularidades, passa-se a tratar da responsabilidade jurídico-civil dos nosocômios.

3.2 Responsabilidade dos hospitais privados

3.2.1 Natureza jurídica

Conforme preconiza Luiz César Medeiros, a responsabilidade civil do hospital e estabelecimentos de saúde similares tem, em regra, natureza contratual e, parafraseando Rainer Czajkowski (2002, p. 21), assevera que apenas em situações excepcionais poderá haver responsabilidade extracontratual por danos causados em atendimento de emergência, em momento anterior à existência de contrato. Assim, explicita o aludido magistrado que, nestes últimos casos, se houver recusa ou retardamento negligente em atendimento de urgência, ter-se-á a responsabilidade por omissão de assistência e de socorro. Alerta o mencionado autor, todavia, que se o atendimento, posto que de urgência, prolongar-se com a

oferta de outros serviços, como internação, intervenção cirúrgica ou exames laboratoriais, *“passa a ter lugar o ajuste de vontades, ainda que tácito”* (2011, p. 86).

Nesse sentido, Maria Helena Diniz assevera ser claro o caráter contratual da responsabilidade dos proprietários e diretores de hospitais e clínicas, mesmo em se tratando de tratamento gratuito. Segundo a doutrinadora, *“sua obrigação é semelhante à do hoteleiro, compreendendo deveres de assistência médico-hospitalar e de hospedagem (CC, arts. 932, IV, 933 e 942, parágrafo único)”* (2013, p. 402).

Miguel Kfoury Neto, com o intuito de delimitar a natureza da responsabilidade civil dos hospitais, apresenta sistematização alvitada por Fernández Hierro (2002, p. 375), doutrinador espanhol, o qual diferencia a responsabilidade advinda de: *“a) atos extramédicos; b) atos paramédicos e c) atos essencialmente médicos”* (2010, p. 36).

Nesse rumo, afirma Miguel Kfoury Neto que os atos extramédicos são os relacionados à hotelaria, desempenhados por pessoal auxiliar, sob as ordens da administração do hospital, como os serviços de alojamento, alimentação, conforto das instalações, deslocamento do doente nas dependências do hospital, manutenção e funcionamento dos equipamentos. Neste particular, registra o mencionado doutrinador que, em que pese a citada denominação, a permanência do paciente no hospital difere substancialmente da simples hospedagem, tendo em vista que, além dos cuidados normais, o nosocômio deve adotar todas as medidas para garantir a integridade do enfermo nas suas dependências, de modo a evitar qualquer acidente que possa gerar dano ao paciente (2010, p. 36).

Os atos paramédicos, por seu turno, de acordo com Miguel Kfoury Neto, são, geralmente, exercidos pela enfermagem e outros profissionais da área da saúde, *“auxiliares ou colaboradores, que executam ordens do médico”*. A título ilustrativo, destaca o citado autor os casos de alimentação parenteral, colocação de gesso em membro fraturado, administração de medicamentos, aplicação de injeções, exames radiológicos, curativos, controle de pressão arterial e temperatura (2010, p. 37).

Finalmente, no que diz respeito aos atos essencialmente médicos, conforme se registrou no capítulo antecedente, o mencionado doutrinador os conceitua como sendo aqueles exercidos exclusivamente por profissionais da medicina, implicando formação e conhecimentos médicos, domínio das *legis artis* da profissão (2010, p. 39).

Neste ponto, importante registrar que Ruy Rosado Aguiar traz lição semelhante à explicitada acima, apresentando, entretanto, uma subdivisão distinta, relativa aos atos de tratamento, feitos em hospital ou farmácia, nos seguintes termos:

[...] é preciso distinguir entre (1) o ato médico, propriamente dito, que somente pode ser realizado por médico (diagnóstico, indicação terapêutica, cirurgia, prognóstico), e pelo qual ele responde; (2) e os atos realizados por pessoal auxiliar mediante a sua direta supervisão, ou por pessoal qualificado seguindo suas instruções, pelos quais também responde, (3) dos atos derivados do contrato de hospedagem, ligados à administração hospitalar, como o dever de guarda do doente, e (4) dos atos de tratamento, realizados em hospital ou em farmácia, de que são exemplos a administração de remédio errado, injeção malfeita, compressas excessivamente quentes, etc., pelos quais o médico não responde (2000, p. 164).

Na mesma linha, sustenta Leonardo Viera Santos que não há como negar que a relação contratual existente entre paciente e hospital, como regra, conferirá ao nosocômio a obrigação de oferecer “*serviços médicos amplamente considerados, envolvendo os atos médicos em sentido estrito (praticados exclusivamente por esculápios) e em sentido amplo (cuja prática pode ser atribuída a outros profissionais da área da saúde, como os enfermeiros)*”. Assevera o citado autor, ainda, que, paralelamente a tal dever, existirá a obrigação de hospedagem, similar a do hoteleiro, uma vez que o paciente normalmente é impelido a usufruir das instalações do estabelecimento enquanto aguarda a finalização da prática dos atos médicos (2008, p. 201).

Nesse contexto, tecidos os comentários acerca da natureza jurídica da responsabilidade dos hospitais particulares, passar-se-á a uma análise mais detida desta responsabilidade no tocante ao dever de assistência médica, com relação aos serviços dos esculápios, enfermeiros e outros profissionais da saúde integrantes de seus quadros. Isso porque, diferentemente da responsabilidade civil concernente ao dever de hospedagem, na qual parece pacífica a aplicação da vertente objetiva, pelo defeito do serviço, com base nos preceitos consumeristas, conforme ensinam, a título ilustrativo, Miguel Kfoury Neto (2010, p. 36.), Sergio Cavalieri Filho (2012, p. 420) e Carlos Roberto Gonçalves (2010a, p. 268), a responsabilidade civil dos hospitais relativa ao dever de assistência médica ainda suscita controvérsias.

3.2.2 Responsabilidade quanto ao dever de assistência médica

De acordo com Leonardo Viera Santos, o surgimento do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, o qual estabelece a responsabilidade objetiva dos fornecedores, bem como do art. 933 do Código Civil, o qual explicita a responsabilidade por fato de terceiro desvinculada da culpa do responsável, e, por fim, do art. 927, parágrafo único, também do Código de 2002, o qual prevê a já comentada cláusula geral de responsabilidade objetiva, *“foi a senha para que surgisse e se consolidasse uma polêmica doutrinária e jurisprudencial acerca da responsabilidade civil dos hospitais no que se refere ao dever de assistência médica”*, sendo que, de um lado aparecem os defensores da objetivação do dever de indenizar dos hospitais e, de outro, estão os que entendem que persiste exigível a constatação da culpa do profissional médico como pressuposto da responsabilidade civil do hospital (2008, p. 202).

Segundo o aludido doutrinador, em que pese a importância da teoria objetiva para a modernização da responsabilidade civil, ao direcionar sua atenção na figura da vítima, o fato de a obrigação dos hospitais ser de meios, no tocante ao dever de assistência médica, em regra, assim como ocorre em relação aos médicos, caracteriza empecilho intransponível à objetivação da responsabilidade hospitalar neste particular. Acrescenta o referido autor, ainda, que *“enquanto a medicina não dominar o organismo humano assim como o mecânico domina o motor de um carro, a exigência da culpa imperará no que diz respeito à responsabilidade de médicos e hospitais”*, concluindo que, existirá, assim, *“a necessidade de se analisar a conduta do facultativo para definir se o dano havido decorreu ou não da inexactidão da ciência médica mesmo no que toca à responsabilidade hospitalar”* (2008, p. 202-203).

Sobre a inexactidão da ciência médica, registre-se que Miguel Kfoury Neto, entende ser ela motivo apto a afastar, inclusive, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor nos casos de intervenção pessoal médica no âmbito hospitalar, no que diz respeito à regra de inversão do ônus probatório, conforme o que segue:

[...] traduz palmar equívoco, em demandas indenizatórias ajuizadas em face de médicos – ou mesmo dos hospitais, por culpa presumida do médico, enquanto preposto – autorizar a inversão do ônus da prova, o que se faz, de costume, com respaldo no art. 6º, inc. VIII, do Código de Defesa do Consumidor. Primeiro, porque é vedada por lei tal inversão, relativamente aos profissionais liberais; segundo, porque a responsabilidade médica encontra-se disciplinada, sem tergiversações, no art. 951 do Código Civil, que condiciona a reparação dos danos ligados às atividades

dos profissionais da saúde à verificação da ocorrência de imperícia, imprudência ou negligência (2010, p. 73).

Ainda defendendo a aplicação da teoria subjetiva no âmbito da responsabilidade dos hospitais por danos decorrentes de intervenção médica, preconiza Miguel Kfoury Neto que a disposição constante do art. 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002 *“é estranha à prestação dos serviços na área da saúde – quer por médicos, hospitais, laboratórios, clínicas ou assemelhados”* (2010, p. 98). Isso porque, segundo o aludido doutrinador, além de não existir lei impondo ao médico a obrigação de reparar o dano independentemente de culpa, *“a atividade médica não implica, por sua natureza, risco para o paciente – muito pelo contrário: representa, as mais vezes, esperança de cura, de salvação, de mitigação das dores”* e, ainda, *“o risco terapêutico (maior ou menor probabilidade de se curar o enfermo), (...) não depende somente da atuação do profissional médico”* (2010, p. 96).

Nessa linha, Leonardo Viera Santos mantém seu posicionamento quanto à diferenciação entre atividades arriscadas e perigosas, consignado no capítulo anterior, também quanto à atividade médico-hospitalar, ao asseverar que não há como defender a objetivação da responsabilidade civil dos hospitais, tendo em vista que esta atividade não gera risco, mas apenas lida predominantemente com o perigo (2008, p. 204). Sobre a questão, pondera o referido autor:

Não é demais lembrar que se, de repente, as pessoas deixassem de prestar serviço subordinado, sob a égide do liame empregatício, se poderia cogitar do fim dos acidentes de trabalho. O mesmo, contudo, não poderia ser dito se o segmento médico-hospitalar deixasse de existir, já que as doenças e as mortes continuariam ocorrendo, até de forma mais intensa, sem que fosse possível evitar os prejuízos delas decorrentes. Isto prova que a atividade hospitalar relacionada com a prestação de serviços médicos não se enquadra na teoria do risco simplesmente pelo fato de não o gerar (2008, p. 204).

Destaca o aludido doutrinador, ainda, que a polêmica acerca da necessidade de constatação da culpa dos esculápios quando da responsabilização dos hospitais por danos resultantes de intervenção médica tem sua raiz na redação do § 4º do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor. Sobre a questão, pondera o autor que o legislador falhou *“ao prever a excepcional responsabilidade subjetiva para os profissionais liberais, seja qual for a natureza da obrigação por eles assumida, deixando de fora da exceção legal, à primeira vista, as pessoas jurídicas onde estes profissionais atuam”* (2008, p. 206).

Em pensamento conclusivo, Leonardo Vieira Santos pondera que, caso se chegue ao consenso de que as pessoas devem ser indenizadas mesmo que os danos resultem de fatores aleatórios da medicina, a solução, ainda que não ideal, seria a socialização do perigo médico, sem se cogitar da objetivação da responsabilidade dos nosocômios, a exemplo do que ocorre com os acidentes de trabalho, por expressa previsão do art. 7º, XXVIII, da Constituição Federal. Tal dispositivo legal garante aos trabalhadores urbanos e rurais seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem afastar a indenização por parte deste, nos casos em que incorrer em dolo ou culpa (2008, p. 204).

Sobre a questão, assevera o citado autor que o constituinte, dentre outras razões, almejou evitar que inúmeras empresas tivessem suas atividades inviabilizadas pela carga “*que teriam de suportar caso sua responsabilidade por acidentes do trabalho fosse objetivada, mesmo em atividades arriscadas*” (2008, p. 204), sendo que obrigar os nosocômios a indenizar, com base na teoria objetiva, os pacientes pelos danos decorrentes de serviços médicos, sem que pudessem exercer o direito de regresso em face dos médicos que, com liberdade profissional, conduziram o procedimento, seria posição de elevada injustiça (2008, p. 205).

Segundo Rui Stoco, para que se possa atribuir a responsabilidade ao hospital, nos casos de intervenção médica, deve-se verificar se o médico mantém vínculo empregatício com o hospital, sendo empregado submetido às ordens da sociedade hospitalar, ou se com ela mantém contrato de prestação de serviços, sendo, pois, seu preposto. Nessas duas hipóteses, segundo o aludido doutrinador, o hospital responderá pelos atos culposos do profissional, aplicando-se “*a surrada e vetusta regra de que o empregador responde pelos atos de seus empregados, serviçais ou prepostos (CC, art. 932, III)*” (2007, p. 757-758).

Nessa mesma linha, ensina Ruy Rosado de Aguiar que o nosocômio responde pelos atos médicos dos profissionais que o gerenciam (diretores, supervisores, entre outros) e dos médicos empregados seus, não respondendo “*quando o médico simplesmente utiliza as instalações do hospital para a internação e tratamento dos seus pacientes*”. No que diz respeito aos médicos que compõem o quadro clínico da instituição, faz o aludido doutrinador a seguinte explanação:

[...] se o paciente procurou o hospital e ali foi atendido por integrante do corpo clínico, ainda que não empregado, responde o hospital pelo ato culposos do médico, em solidariedade com este; se o doente procura o médico, e este o encaminha à baixa no hospital, o contrato é com o médico e o hospital não responde por culpa

deste, embora de seu quadro, mas apenas pela má prestação dos serviços hospitalares que lhe são afetos. A responsabilidade pela ação do integrante do corpo clínico, na situação primeiramente referida, explica-se porque a responsabilidade por ato de outro, prevista no artigo 1.521, III, do CC (é responsável o patrão, amo ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos) [dispositivo do Código Civil de 1916 equivalente ao artigo 932, III, do Código Civil atual], abrange também aquelas situações onde não existe uma relação de emprego, bastando que a pessoa jurídica utilize serviços de outra através de uma relação que gere o estado de subordinação (Gomes, Orlando, “Obrigações”, Forense, 1978, p. 362). É o caso do hospital, que para seu funcionamento necessita do serviço do médico, o qual, por sua vez, fica subordinado, como membro do corpo clínico, aos regulamentos da instituição (2000, p. 165-166).

De acordo com o citado doutrinador, nos casos em que os hospitais puderem ser responsabilizados pelos atos de seu pessoal, não se dispensará a prova da culpa do servidor relativa à prática do ato danoso. Assim, segundo o autor, o hospital não responde de forma objetiva, mesmo após a vigência do Código Consumerista, *“quando se trata de indenizar dano produzido por médico integrante de seus quadros”* (2000, p. 166).

Ainda sobre o tema, Rui Stoco assevera que o hospital pactua com o paciente um contrato hospitalar, tomando para si obrigações de meios relativas ao fornecimento de serviços médicos (quando o facultativo a ele pertence) ou somente ao fornecimento de hospedagem e à prestação de serviços paramédicos, como medicamentos, instalações, instrumentos, entre outros. No que diz respeito aos serviços médicos, ensina o doutrinador que, *“quando o paciente é tratado por seus próprios facultativos, os serviços prestados são aqueles concernentes ao tratamento médico contratado”*, constituindo atividade de meios, de sorte que se obriga a oferecer o melhor serviço possível, fazendo tudo para honrar com aquilo a que se propôs. Desse modo, assevera o mencionado autor que se o dano sofrido pelo paciente for imputado ao nosocômio em face da conduta de seus prepostos e estiver relacionado com o exercício de sua atividade específica e típica da seara médica, *“incidirá o § 4º do art. 14 do CDC, que estabelece a responsabilidade subjetiva desses profissionais liberais”* (2007, p. 758).

Para o citado autor, a circunstância de a responsabilidade do hospital ou da empresa prestadora de serviços ser contratual mostra-se, no caso dos hospitais, em antinomia com a teoria da responsabilidade objetiva. Isso porque, segundo ele, se a instituição de saúde se compromete a submeter um paciente à cirurgia, por intercessão de médicos, sob a sua responsabilidade, está a praticar uma atividade de meios e não de resultado, de modo que somente pode-se lhe exigir que a conduta de seus profissionais *“seja normal e que a cirurgia*

seja feita segundo as técnicas usuais e utilização do instrumental adequado”. Se isso ocorrer, para ele, o contrato estará cumprido, do contrário, tem-se o inadimplemento contratual.

Nesse sentido, conclui o referido doutrinador que a responsabilidade independente de culpa preconizada no art. 14, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor, não se mostra adequada à responsabilidade contratual dos hospitais, devendo ser aplicadas as disposições do Código Civil acerca do ato ou fato de terceiro, conforme o que segue:

Daí porque a antinomia [...] está justamente em que a responsabilidade objetiva alonga o espectro do dever de indenizar, transcendendo os limites e as barreiras estabelecidas pelas partes na avença contratual.
Suponhamos, entretanto, que da cirurgia surjam complicações, com suspeita de erro por parte do médico preposto, causando dano ao paciente.
Nesse caso, o médico responderá apenas se apurada e verificada sua culpa, nos termos do art. 14, § 4º, do CDC.
Ainda assim, a nós parece que inexistirá responsabilidade objetiva do hospital, posto que o Código do Consumidor não se afastou do conceito clássico de responsabilidade por ato ou fato de terceiro, consagrado em nosso Código Civil (2007, p. 750).

Nesse diapasão, Pablo Stolze e Rodolfo Gagliano também sustentam a aplicação do art. 932, III, do Código Civil, isto é, da responsabilidade por ato de terceiro, às entidades hospitalares nos casos em que o profissional médico integra seu quadro pessoal, inclusive em se tratando de hospitais filantrópicos, uma vez que, segundo os autores, a atividade com intuito assistencial não obsta a responsabilidade pelo dever geral de vigilância e eleição que deve manter com seus profissionais (2010, p. 263).

Há, todavia, posição diametralmente oposta à acima delineada, que toma como base os preceitos do Código de Defesa do Consumidor para sustentar a ideia de que os hospitais respondem de forma objetiva pelos danos resultantes de intervenção dos médicos dele integrantes. De fato, considerando-se as descrições de tal codificação acerca dos sujeitos da relação de consumo, verifica-se que a atividade médico-hospitalar, como a oferecida pelas clínicas e hospitais privados, está abrangida pelas suas disposições, em razão do fornecimento de um serviço da área médica, por uma pessoa jurídica, de forma habitual e remunerada, a pessoas que dele desejarem se utilizar. Isto é: tem-se caracterizada uma relação de consumo.

Tal constatação é corroborada pelo fato de que, se de um lado existe a indiscutível necessidade primordial dos indivíduos de recorrerem a atividades da área médica a fim de preservarem, tratarem e potencializarem sua saúde; de outro, verifica-se, conforme já visto

acima, uma crescente massificação e corporativização da prestação de tais serviços. Tal fato implica o reconhecimento de que a pessoalidade da prestação do serviço tornou-se algo ultrapassado, podendo-se afirmar que, hoje, o consumidor muitas vezes deposita sua expectativa no próprio estabelecimento fornecedor de um serviço de saúde.

Nessa linha, Orlando Celso da Silva Neto destaca que há casos em que os médicos correspondentes a um hospital não necessariamente mantém relação de emprego com este, sendo o nosocômio “*que lhes presta serviço, na medida em que disponibiliza suas instalações para que o médico possa exercer seu ofício*”. Assevera o citado autor que, por outro lado, há outros profissionais que prestam serviços ao hospital, “*na medida em que o paciente procura o hospital – e não a determinado médico pessoalmente*” (2013, p. 313).

Paulo Roque Khouri, partindo da premissa de que entre hospital e paciente existe uma relação de consumo, afirma ser dificultosa a aceitação de que um nosocômio, por exemplo, com diversos leitos e que presta serviços em escala, em que seus proprietários se limitam à tarefa administrativa, possa invocar a responsabilidade subjetiva diante de um acidente de consumo. Segundo o referido autor, em tais casos, a pessoalidade se torna, praticamente, nula, sendo que estabelecimentos assim descritos contam com o apoio profissional de especialidades variadas e seus proprietários simplesmente passam a explorar certa atividade da medicina, massificando a prestação de serviço ao público, como age normalmente o capitalista (2002, p. 185).

Nesse contexto, argumenta Sergio Cavalieri Filho que os hospitais exercem “*uma atividade de alto risco porque inevitavelmente as pessoas estão doentes e os tratamentos modernos são feitos em ritmo acelerado, num ambiente de alta pressão, envolvendo muitas tecnologias complexas e muitos profissionais*” (2012, p. 419). Explicita o aludido doutrinador, ainda, que a responsabilidade dos estabelecimentos hospitalares, tradicionalmente, era enquadrada no art. 1521, IV, do Código Civil passado e art. 932, IV, do Código Civil de 2002, o qual disciplina a responsabilidade dos hotéis e hospedarias. Com o advento do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, todavia, defende o mencionado autor que tal fundamentação perdeu a sua razão de ser (2012, p. 419-420).

Neste ponto, sustenta Sergio Cavalieri Filho que a regra segundo a qual o fornecedor responde pelos riscos adquiridos e não pelos riscos inerentes é impecavelmente aplicável aos serviços médico-hospitalares. Segundo ele, os hospitais não respondem pelos riscos inerentes à sua atividade, uma vez que estes são riscos normais e previsíveis, existindo apenas o dever

de informar. Noutro giro, adverte que, haverá risco adquirido quando o serviço tornar-se perigoso em decorrência de um defeito, apresentando riscos superiores aos legitimamente esperados, sendo que, nesta hipótese, o hospital pode ser responsabilizado (2012, p. 428).

Assim, com base nos preceitos consumeristas, defende o citado doutrinador que os hospitais respondem de forma objetiva pelos danos causados em razão de serviços ligados à sua atividade empresarial, bem como pelos danos advindos dos serviços profissionais prestados pelos médicos de seus quadros, conforme o que segue:

Os estabelecimentos hospitalares são fornecedores de serviços e, como tais, responde objetivamente pelos danos causados a seus pacientes, quer se tratem de serviços decorrentes da exploração de sua atividade empresarial, tais como defeito de equipamento (v.g. em Porto Seguro a mesa de cirurgia quebrou durante o parto e o bebê caiu ao chão, não resistindo ao traumatismo craniano), equívocos e omissões da enfermagem na aplicação de medicamentos, falta de vigilância e acompanhamento do paciente durante a internação (v.g. queda do paciente do leito hospitalar com fratura do crânio), infecção hospitalar etc.; quer se tratem de serviços técnico-profissionais prestados por médicos que neles atuam ou a eles sejam conveniados (2012, p. 420).

De acordo com Sergio Cavalieri Filho, tal responsabilidade, consoante se verifica do próprio texto legal, tem por fundamento o defeito do serviço que, posto no mercado, dá causa a um acidente de consumo. Segundo o referido jurista, o próprio art. 14, § 1º, do art. 14 do Código Consumerista caracteriza o serviço defeituoso, sendo esta *“uma garantia de que o serviço será fornecido ao consumidor sem defeito, de sorte que, ocorrido o acidente de consumo, não se discute culpa; o fornecedor responde por ele simplesmente porque lançou no mercado um serviço com defeito”*. Alerta o citado autor, ainda, que será inteiramente irrelevante perquirir se o fornecedor sabia ou não do defeito, bem como se o defeito era previsível ou evitável. Nesse sentido, conclui o doutrinador que, diante do fato do serviço, presume-se o defeito, uma vez que o Código explicita que o fornecedor somente excluirá sua responsabilidade se provar a inexistência do defeito, isto é, *“que o acidente não teve por causa um defeito do serviço”* (2012, p. 420).

Hélio do Valle Pereira traz a seguinte lição acerca da responsabilidade por ato ou fato de terceiro prevista no Código Civil:

É certo dizer que o preponente responde objetivamente – o que está genericamente no inc. III do art. 932 do Código Civil. Cuida-se de avaliação pertinente à ociosidade de investigar se, por hipótese, o patrão contribuiu pelo resultado perpetrado pelo empregado. Mas isso não dispensará a avaliação quanto à conduta errada do

empregado que diretamente tenha causado o dano, visto que a atividade questionada pode não ser daquelas expostas ao regime de objetividade. Exemplificando, se o motorista de qualquer empresa, ao fazer uma entrega, se envolve em acidente, a vítima poderá demandar a pessoa jurídica, dispensada prova quanto à direta contribuição culposa do réu (pessoa jurídica) para o evento, mas tendo o ônus de demonstrar que o condutor realmente agiu culposamente (visto que os acidentes de trânsito, de ordinário, não estão expostos ao regime de objetividade). (2011, p. 382)

Ocorre que, de acordo com o referido autor, a responsabilidade civil do fornecedor distingue-se da previsão isolada do art. 932, inciso III, do Código Civil, o qual prevê a responsabilidade do empregador, independente de culpa, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício ou em razão do trabalho que lhes competir. Isso porque, segundo o magistrado, a atividade prestada pelo estabelecimento de saúde, como um todo, está exposta ao regime de objetividade e, assim, prescinde da verificação de culpa na intervenção de seu preposto. Para ele, interpretação contrária a essa, tornaria ineficaz o disposto no caput do art. 14, da lei consumerista, contrariando um princípio básico de aplicação das leis no Direito, qual seja, a de que lei especial (Código de Defesa do Consumidor) prevalece sobre norma geral (Código Civil) (2011, p. 382).

Como analogia, traz o citado autor o tema da obrigação de indenizar referente ao Estado, consubstanciada no art. 37, § 6º, da Constituição Federal. Ensina o referido magistrado, neste ponto, que a atuação do servidor público, mesmo livre de culpa, não isentará a Administração, *“justamente porque a atuação do agente estatal vale pela intervenção do próprio Estado”*. Assim, pondera o magistrado que o pensamento dos que defendem *“a prova da má conduta do médico para que se atinja (só então objetivamente) o hospital equivaleria dizer que o Estado (art. 37, § 6º, da CF) só teria responsabilidade quando se provasse que o agente público houvesse agido com culpa”* (2011, p. 383).

Na mesma linha, apresenta Sergio Cavaleiri Filho a seguinte lição:

[...] a responsabilidade indireta do empregador perdeu espaço na medida em que a legislação que se seguiu ao Código Civil de 1916 passou a atribuir ao empregador responsabilidade direta pela sua atividade de risco. [...] Sobreveio [...] a Constituição de 1988 que, no seu art. 37, § 6º, mudou a base jurídica dessa responsabilidade ao estabelecer **responsabilidade direta e objetiva** para os prestadores de serviços públicos, tal como a do Estado. A partir daí, todos os prestadores de serviços públicos passaram a responder diretamente pelos atos de seus empregados ou prepostos, com base no risco administrativo, por fato próprio da empresa, e não mais pelo fato de outrem. Seguiu-se o Código do Consumidor na mesma linha, só que com maior amplitude. Estabeleceu **responsabilidade objetiva direta** para todos os fornecedores de serviços (e não apenas públicos) pelo fato do empregado ou preposto. Pela responsabilidade direta da empresa ou do fornecedor, a atuação do empregado fica desconsiderada; é absorvida pela atividade da própria empresa ou empregador, de modo a não mais ser possível falar em fato de outrem. Responde o

fornecedor ou empregador direta e objetivamente perante terceiro, tendo apenas direito de regresso contra o empregado ou preposto de tiver culpa.

Ora, se no caso de um acidente de ônibus, no qual ficam feridos passageiros e pedestres, não mais se faz necessário provar a culpa do empregado ou preposto, por que isso teria que ser feito no caso dos hospitais? São prestadores de serviços, tal como as empresas de transporte, submetidos ao novo regime de **responsabilidade direta e objetiva pelo fato do serviço** (2012, p. 422).

Registre-se que outro argumento que pode ser utilizado para defender a desvinculação entre a responsabilidade dos hospitais por danos decorrentes de intervenção dos médicos integrantes de seu quadro e a culpa destes é a disposição expressa do Código de Defesa do Consumidor, acerca dos profissionais liberais, a qual explicita que serão eles responsabilizados mediante a verificação de culpa. Pode-se dizer que, em razão de seu conteúdo e até mesmo de sua localização no arranjo normativo, isto é, um parágrafo último de um artigo que prevê a responsabilidade objetiva do fornecedor, tal regra deve ter interpretação não extensiva, de forma que só alcance os profissionais que, de forma independente, prestem direta e pessoalmente o labor.

Sobre a questão, ensina Paulo de Tarso Viera Sanseverino:

No caso dos profissionais liberais, valorou-se a natureza peculiar de suas atividades, que não se mostram compatíveis com a responsabilidade objetiva. De um lado, houve a preocupação com a inviabilização da atividade desses profissionais, pois, se tivesse sido um regime de responsabilidade objetiva, haveria a formulação de uma nova equação definidora da repartição dos riscos, atribuindo um custo excessivamente elevado e praticamente insuportável para o exercício das profissões liberais. De outro lado, os contratos de prestação de serviço celebrados pelos profissionais liberais e seus clientes envolvem, normalmente, uma relação de confiança, que atenua, sobremaneira, a desigualdade reinante em outros contratos de consumo. Isso reduz o grau de vulnerabilidade do cliente, enquanto consumidor, frente ao profissional liberal, como fornecedor de serviços, que é uma das notas características fundamentais das relações de consumo.

De todo modo, trata-se de regra excepcional, cuja interpretação é restritiva [...] (2010, p. 197).

De acordo com Orlando Celso da Silva Neto, a justificação para a exceção à regra da responsabilidade objetiva consiste na natureza dos serviços prestados pelos profissionais liberais, os quais exercem ofício e não empresa. Segundo o aludido doutrinador, as denominadas “artes liberais” possuem elemento de subjetividade fundamental e são substancialmente diferentes das atividades empresariais, *“em que a subjetividade (a característica pessoal do prestador) é irrelevante”* (2013, p. 311-312).

Ainda neste particular, sustenta Roberto Senise Lisboa que há compreensão no sentido de que a legislação consumerista estabeleceu um benefício ao profissional liberal. Alerta ser distinta, porém, a responsabilidade do médico profissional liberal com a do hospital, pois este responde objetivamente, seja pelo fato ou pelo vício do serviço realizado. Segundo o citador autor, o que vai ser exigida, na responsabilização objetiva, é a relação entre a conduta do estabelecimento de saúde, por meio de seus funcionários, e o dano sofrido pelo paciente (2006, p. 296-298).

No mesmo norte a posição de Sergio Cavalieri Filho, ao asseverar que a responsabilidade subjetiva prevista no art. 14, § 4º, do Código consumerista, *“como exceção do sistema de responsabilidade nele estabelecido, contempla apenas a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais, e estes, como sabido, trabalham por conta própria, sem vínculo empregatício ou de preposição”*, assim, *“não têm qualquer vínculo com os hospitais”* (2012, p. 423).

Assim, tecidos os comentários acerca das duas frentes argumentativas que tratam da responsabilidade civil dos hospitais particulares por danos decorrentes de intervenção médico-profissional, e ainda com base em tais visões, passa-se a enfrentar a temática envolvendo o fator culpa e a verificação do nexo causal entre o serviço oferecido pelos nosocômios e os danos resultantes da atuação médica.

3.3 O fator culpa e a avaliação do nexo de causalidade entre serviço e dano

Consoante lição de Hélio do Valle Pereira, a resistência à aplicação do regime de objetividade à integralidade das atividades realizadas por estabelecimentos de saúde, inclusive aquelas que envolvam intervenção médica, visa a impedir que, com a exclusão da culpa para reparação do dano, os hospitais fiquem expostos a um risco integral, vale dizer, que haja, por parte dos fornecedores de serviços de saúde, um compromisso com a imprescindível cura. Segundo o referido autor, de fato, seria incoerente sustentar *“que um falecimento fosse obrigatoriamente imputado ao estabelecimento de saúde, como se as pessoas fossem, em princípio, imorredouras”*, ou, ainda, *“que a arte médica fosse vista com tamanha perfeição que qualquer evento que não o êxito pleno da intervenção merecesse sancionamento”* (2011, p. 383).

Sinaliza o mencionado autor, entretanto, que para se afastar tais incoerências não se faz necessário utilizar a culpa, isto é, uma avaliação baseada em aspectos subjetivos que busquem individualizar um erro, identificando um culpado, conforme o que segue (2011, p. 383):

O que deverá ser apurado é se o estabelecimento, pouco importa se pela ação ou omissão deste ou daquele profissional, não atingiu o resultado que seria, nas circunstâncias, razoavelmente reclamável. Por exemplo, tenha-se que um paciente seja levado ao hospital. Após breve atendimento tem alta, justificando-se que não há razão para internação. No dia seguinte, em face daquele mesmo problema, há o falecimento. Demonstra-se que o mal era passível de cura se tivesse havido a prescrição adequada de medicamentos, inclusive com a retenção da pessoa para monitoramento e repouso. A responsabilidade civil será evidente, mas não porque se identificou que o médico que fez a avaliação agiu precipitadamente. A apuração será feita em consideração à conduta do hospital, à luz de critérios jurídicos, pouco importando a revelação de má ação por parte de específico profissional, das razões do seu procedimento individualizado, das condições por ele vivenciadas naquele momento etc. (2011, p. 383).

Nesse rumo, preconiza o aludido magistrado que tal questão tem melhor enquadramento no art. 14, caput, do Código de Defesa do Consumidor, abduzindo-se divagações personalizadas referentes à culpa de *preposto* “*para mirar uma má atividade hospitalar, uma falha do serviço*”. Segundo o referido autor, na responsabilidade objetiva, deve-se ter como foco a perquirição acerca da relação de causalidade, ou seja, averiguar se a intervenção médica, comissiva ou omissiva, pode ser tida como elemento provocador do dano (2011, p. 383-384).

Consoante lição de Paulo de Tarso Viera Sanseverino, no chamado defeito do serviço, não se divaga acerca do elemento subjetivo da conduta do fornecedor, bastando a ocorrência objetiva do defeito no produto ou serviço para o nascimento da obrigação de indenizar. Assevera o aludido doutrinador, neste ponto, ser suficiente a apresentação de uma falha que retire a segurança legitimamente esperada para que o serviço seja tido como defeituoso, não se exigindo participação ou colaboração subjetiva do fornecedor ou de seus prepostos na sua ocorrência. Assim, segundo ele, ainda que não tenha ocorrido uma conduta negligente por parte do fornecedor ou de seus prepostos, verificado o defeito do produto ou serviço, o fornecedor arcará com a responsabilidade perante o consumidor (2010, p. 161).

Nessa linha, assevera o mencionado autor que, com exceção dos profissionais liberais, a responsabilidade de todos os fornecedores de serviço é objetiva, inclusive a dos hospitais. Neste ponto, pondera, todavia, que o nosocômio poderá afastar a sua responsabilidade por

meio da comprovação de que não ocorreu defeito na prestação do serviço, “*demonstrando ter adimplido corretamente as suas obrigações em relação ao paciente*” (2010, p. 369).

Exemplificando, afirma o citado autor que o fato de um paciente vir a falecer quando de um ato cirúrgico não denota que o hospital seja responsável por este fato, sob pena de tal atividade se tornar insustentável. Assim, segundo o referido autor, somente será responsabilizado quando houver ocorrido defeito no serviço, cabendo à entidade hospitalar a prova de sua inexistência. Desse modo, conclui o magistrado que “*isso não significa, porém, apesar da diferença ser sutil, que a responsabilidade do hospital se torna subjetiva*” (2010, p. 369-370).

Sergio Cavaleiri Filho também não verifica incompatibilidade entre a responsabilidade dos hospitais e a responsabilidade objetiva prevista no Código de Defesa do Consumidor, ainda que em face dos acentuados riscos existentes em determinados tipos de cirurgias e tratamentos, uma vez que o nosocômio, segundo ele, só responderá quando o dano advir de defeito do serviço. Adverte o mencionado doutrinador, neste ponto, que “*mesmo na responsabilidade objetiva é indispensável o nexo de causalidade entre a conduta e o resultado*”. Assim, pondera o citado autor que, em havendo insucesso na cirurgia ou tratamento, se não for possível indicar defeito no serviço realizado, não existirá responsabilidade do hospital (2012, p. 426).

Acerca das possíveis causas excludentes da responsabilidade do hospital prestador de serviço, traz o aludido doutrinador a seguinte lição:

Entre as causas que excluem a responsabilidade do prestador de serviços, o Código de Defesa do Consumidor refere-se à inexistência de defeito do serviço – “o fornecedor de serviços não será responsabilizado quando provar que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste” (art. 14, § 3º, I) –, de sorte que, para afastar a sua responsabilidade, bastará que o hospital ou médico prove que o evento não decorreu de defeito do serviço, mas sim das condições próprias do paciente ou de fato da natureza (2012, 10 ed., p. 426).

Não obstante a posição explanada acima, no sentido de que a responsabilidade dos hospitais privados por danos decorrentes de intervenções médicas deve ser auferida com base na avaliação do nexo de causalidade entre conduta e dano, com base no chamado defeito do serviço, há autores que apresentam linhas de raciocínio nas quais os elementos culpa e nexo de causalidade, em tal responsabilidade dos nosocômios, possuem íntima ligação.

Nesse âmbito, traz-se posicionamento de Luiz César Medeiros, o qual sustenta que não se discute ser presumida a culpa do empregador, isto é, do estabelecimento de saúde, em razão das disposições legais imperativas. Contudo, assevera o mencionado autor ser inteiramente viável que *“essas entidades consigam afastar a sua responsabilidade simplesmente ao demonstrar que o seu preposto não agiu culposamente”*, sendo que tal *“circunstância rompe o nexo causal e descaracteriza o ‘defeito do serviço’”* (2011, p. 90). Tal posição, contudo, parece estar eivada de erro conceitual, na medida em que trata a responsabilidade do empregador sob a ótica da culpa presumida e não da responsabilidade objetiva preconizada pelo art. 333 do atual Código Civil. Ademais, trata o aludido magistrado como sinônimos o elemento culpa do preposto e o nexo causal entre serviço e dano – o que implica dizer que, sempre que não for constatada a culpa do profissional, não haverá nexo de causalidade entre a intervenção médica e o dano.

Orlando Celso da Silva Neto também apresenta ligação entre o nexo causal e a culpa, ao afirmar que, em grande parte dos casos relativos à responsabilidade médico-hospitalar, o defeito do serviço se embaraça com a culpa, de sorte que, para se verificar a responsabilidade subjetiva do médico assim como a responsabilidade objetiva do nosocômio, há que se questionar se o dano ocorrido deveu-se à culpa do profissional, por imprudência, negligência ou imperícia. Desse modo, sendo positiva a resposta de tal indagação, estabelecer-se-á a responsabilidade objetiva do estabelecimento hospitalar (2013, p. 319).

Nesse norte, Leonardo Viera Santos, é categórico ao asseverar que não há como escapar da necessidade da verificação da culpa do médico que conduziu o procedimento antes de se responsabilizar o hospital pelos danos sofridos pelo paciente. Para o autor, caso não se analise *“a conduta do médico à luz dos preceitos da lex artis com o desiderato de apurar sua culpa, inexoravelmente haverá a necessidade de se fazer tal análise quando da averiguação do nexo causal”* (2008, p. 207).

Para sustentar tal posição, preconiza o citado doutrinador que, ao se estudar a responsabilidade civil genérica, verifica-se a existência de um elo entre a culpa e o nexo causal, consubstanciado no elemento “previsibilidade”, exigido para a configuração da culpa e também para a materialização do nexo de causalidade. Neste ponto, traz lição de Gagliano e Pamplona Filho (2003, p. 140-141), os quais asseveram que a culpa, dotada do elemento previsibilidade, somente pode ser apontada se o dano causado era previsível e, não o sendo, adentra-se no campo do fortuito que, inclusive, pode interferir no nexo causal, isentando o agente da obrigação de indenizar (2008, p. 208).

Segundo o aludido doutrinador, na culpa, a previsibilidade é exigível na medida em que apenas se diz culpado o agente responsável pela prática de ato danoso na situação em que este potencial de dano é previsível pelo chamado “homem médio”, isto é, levando-se em conta “*o standard usado para a apuração da culpa*”, não se falando em culpa, portanto, “*se a substituição mental do agente pelo ‘homem médio’ na cadeia dos fatos ocorridos não evita a superveniência dos prejuízos*” (2008, p. 208).

No que diz respeito ao nexos causal, de fato, verifica-se que o elemento previsibilidade também é invocado. Fernando Noronha, por exemplo, ao tratar da teoria da causalidade adequada, assevera que nela, além de se verificar uma relação de condicionalidade, encontra-se também uma relação de adequação, que irá existir quando se puder afirmar que o dano é consequência normalmente previsível do fato que estiver em causa – o que será determinado mediante uma prognose retrospectiva. Segundo o aludido doutrinador, em tal exercício, “*o observador coloca-se no momento anterior àquele em que o fato ocorreu e tenta prognosticar, de acordo com as regras da experiência comum, se era normalmente previsível que o dano viesse a ocorrer*” (2013, p. 627-628).

Leonardo Viera Santos enfatiza, ainda, que a relevância da previsibilidade, no tocante ao nexos de causalidade, pode ser constatada, ainda, quando se trata do caso fortuito, uma vez que este ocorrerá quando um evento for dotado de tamanha imprevisibilidade que o torne inevitável. Desse modo, registra o aludido doutrinador que, tomando-se por base os serviços oferecidos por um hospital, somente se pode afirmar se o dano sofrido pelo paciente era ou não previsível a partir da análise da situação concreta e da conduta do profissional médico à luz da *lex artis* – e aí, segundo ele, já se adentrou na seara da culpa médica (2008, p. 209).

Neste ponto, traz o citado autor a seguinte ponderação:

Mesmo que se obtempere que a principal característica do caso fortuito e da força maior é a inevitabilidade e não a imprevisibilidade, ainda assim não há como fugir da necessidade da avaliação da conduta do esculápio que conduziu o procedimento médico. Para se definir se a morte de um paciente, por exemplo, era ou não inevitável, será forçoso averiguar se o galeno adotou todas as medidas indicadas pela literatura médica para uma situação tal qual aquela, ou seja, se sua conduta foi adequada aos ditames da *lex artis*, para só então saber se o falecimento decorreu da inevitável evolução da moléstia (2008, p. 209).

Sustenta o mencionado doutrinador, ainda, que a própria denominação “defeito no serviço”, utilizada pelos defensores da responsabilidade objetiva do hospital baseada nos preceitos consumeristas, implica na ideia de culpa, sobretudo no que diz respeito às

obrigações de meios (2008, p. 218). Isso porque, de acordo com o referido autor, o legislador, no art. 14, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor, diante da dificultosa tarefa de conceituar precisamente o defeito, fez uso de cláusula geral, ao estabelecer que haverá defeito no serviço quando este não oferecer a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em conta as circunstâncias relevantes, entre elas, o modo do fornecimento, o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam e a época em que foi prestado (2008, p. 220).

Acerca do tema, afirma Paulo de Tarso Viera Sanseverino que a definição de defeito, no Código Consumerista, foi cunhada de forma aberta, por meio da utilização *“de uma cláusula geral e de conceitos jurídicos indeterminados, de modo a ampliar o leque de situações abrangidas”*, sendo que alguns autores discutem se tal técnica utilizada pelo legislador não teria dado azo ao retorno do regime de responsabilidade subjetiva do fornecedor (2010, p. 160).

Neste ponto, Adalberto de Souza Pasqualotto assevera que o Código de Defesa do Consumidor estabeleceu um regime de responsabilidade objetivada, também chamada, na Europa, de responsabilidade não culposa, *“situada acima do patamar da culpa (responsabilidade subjetiva) e abaixo da responsabilidade objetiva pura (cujo fundamento seria simplesmente o risco da atividade)”* (1994, p. 80). Na mesma linha, ensina Claudia Lima Marques:

[...] realmente, a responsabilidade do fornecedor em seus aspectos contratuais e extracontratuais, presentes nas normas do CDC (art. 12 a 27), está objetivada, isto é, concentrada no produto ou no serviço prestado, concentrada na existência de um defeito (falha na segurança) ou na existência de um vício (falha na adequação, na prestabilidade). Observando a evolução do direito comparado, há toda uma evidência de que o legislador brasileiro inspirou-se na idéia de garantia implícita do sistema da *commom law* (*implied warranty*). Assim, os produtos ou serviços prestados trariam em si uma garantia de adequação para o seu uso, e, até mesmo, uma garantia referente à segurança que deles se espera. Há efetivamente um novo dever de qualidade instituído pelo CDC, um novo dever anexo à atividade dos fornecedores [...] (2006, p. 378).

Ainda sobre a temática, preconiza Judith Martins da Costa que as cláusulas gerais, marcadas por grande abertura semântica, não almejam conferir, previamente, resposta a todos os problemas da realidade, tendo em vista que tais respostas são progressivamente arquitetadas pela jurisprudência. Assevera a doutrinadora, ainda que, em realidade, por não regulamentarem de maneira completa e exaustiva, agem tecnicamente como metanormas, *“cujo objetivo é enviar o juiz para critérios aplicativos determináveis ou em outros espaços*

do sistema ou por meio de variáveis tipologias sociais, dos usos e costumes objetivamente vigorantes em determinada ambiência social". Assim, conclui que, em virtude de tais características, esta técnica permite apanhar, em uma mesma hipótese, uma extensa diversidade de casos cujas peculiaridades serão formadas por via jurisprudencial, e não legal (1998, p. 08).

Convergindo com os contornos apresentados por esta última doutrinadora, o posicionamento de Leonardo Viera da Silva afasta-se dos ensinamentos de Paulo de Tarso Sanseverino, Adalberto de Souza Pasqualotto e Claudia Lima Marques, quando afirma que, especificamente na seara da responsabilidade hospitalar por danos advindos de intervenção médica, a qual normalmente envolve obrigações de meio, somente se pode apurar se o serviço ofereceu a segurança que dele se poderia esperar, levando em conta o modo de seu fornecimento, os riscos e resultados razoavelmente esperados, *"após a análise da conduta do esculápio que conduziu o procedimento médico, comparando-a com o standard oferecido pela lex artis e, aí, já se adentrou na seara da culpa"* (2008, p. 220).

Traz o aludido doutrinador, ainda, outros dois argumentos no sentido de demonstrar a impossibilidade de aplicação do regime objetivo à responsabilidade dos hospitais por danos decorrentes de intervenção médica, com base na interpretação literal do caput do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor: o princípio da boa-fé e a analogia feita entre a posição do hospital e a do comerciante (2008, p. 220).

Para o referido autor, o princípio da boa-fé, dotado de importância fundamental no microsistema consumerista, exige lealdade e honestidade nas condutas do fornecedor e também do consumidor, caracterizando-se como empecilho intransponível ao consumidor que almeje obter reparação por um dano resultante de enfermidade da qual não se curou, apesar da adoção pelo esculápio das técnicas médicas existentes e possíveis. Segundo o autor, tal pretensão alarga, de forma equivocada, *"o dever de cuidados inerente à obrigação de meios pactuada com o hospital, gerando evidente desequilíbrio entre as partes envolvidas"* (2008, p. 222-223). Tal argumento, contudo, parece carecer de fundamento, na medida em que o aludido doutrinador, em última análise, acaba por qualificar como negativa a conduta do consumidor que busca reparação por dano sofrido mediante a verificação da responsabilidade do hospital desvinculada da culpa de seu profissional médico, enxergando nela uma artimanha do consumidor que implica certamente a condenação do nosocômio.

No tocante à analogia feita entre a posição do hospital e a do comerciante, para fins de afastamento da responsabilidade objetiva dos nosocômios, assevera o citado doutrinador que tal argumento foi inspirado na seguinte passagem de Bahia (1995, p. 396), nos termos seguintes:

No campo da oferta de serviços, deve-se notar, contudo, que o comerciante é levado à categoria de responsável real, já que aquele que intermedeia, invariavelmente, salvo raríssimas exceções, presta o serviço, fornece-o. Assim, o comerciante foi equiparado, para fins de responsabilização ao fornecedor.

As oportunidades em que o comerciante, face aos serviços, realiza realmente a vera intermediação não foram, dado o reduzido número, consideradas pelo Código. Se o fossem, a disciplina legal quanto às mesmas deveria seguir, ao nosso ver, aquela dada aos produtos, quando vendidos pelos comerciantes. Acreditamos que a jurisprudência, no papel de integradora da lei, terá papel fundamental na solução desta indistinação, granjeando para o comerciante de serviços, quando naquela condição possa efetivamente apresentar-se, o mesmo tratamento legal oferecido quanto aos produtos, insculpido no art. 13 da Lei (2008, p. 223).

Nessa linha, para Leonardo Viera Santos, *“pode-se afirmar que os hospitais atuam exclusivamente como intermediários no que diz respeito aos serviços médicos, na medida em que (...) os atos médicos em sentido estrito, por imposição legal, somente podem ser executados por esculápios”* (2008, p. 223).

Adverte o aludido doutrinador, que, tal argumento, conjugado a uma interpretação sistemática do Código de Defesa do Consumidor, conduziria à necessidade de se atribuir aos nosocômios responsabilidade subsidiária no que diz respeito aos erros médicos somente quando o médico responsável pelo procedimento não pudesse ser identificado ou quando tal identificação não fosse clara. Pondera, nesse rumo, que tal interpretação, demasiadamente favorável aos hospitais, *“seria apenas mais um motivo, de lege ferenda, para a disciplina da responsabilidade médico-hospitalar em uma norma específica, elaborada com base nas particularidades deste importante segmento de atuação profissional”* (2008, p. 223-224).

Assim, feita a comparação dos posicionamentos doutrinários acerca do tema, traz-se a lume, como análise derradeira, alguns julgados contemporâneos do Superior Tribunal de Justiça acerca da questão – os quais evidenciam tratar-se de temática ainda não pacificada na Corte Superior.

Isso porque a Quarta Turma do citado Tribunal, em sede de Agravo Regimental em Agravo de Recurso Especial, acordou, acatando voto do Ministro Relator Marco Buzzi,

publicado em 12 de novembro de 2012, ser descabida a denúncia à lide no bojo da demanda originária pleiteada em face de hospital, tendo em vista a responsabilidade objetiva deste pelos danos causados por seu preposto plantonista, *“sendo inviável que, no mesmo processo, se produzam provas para averiguar a responsabilidade subjetiva do médico, o que deve ser feito em ação de regresso proposta pelo hospital”* (AgRg no AREsp 182368/DF).

Já a Terceira Turma daquele Tribunal, em acórdão publicado em 12 de setembro de 2013, em sede de Recurso Especial, manteve decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal para condenar hospital ligado à fundação privada por complicações pós-operatórias de cirurgia cardíaca que causaram a amputação da perna esquerda de uma criança de 1 ano e 5 meses. No acórdão, de relatoria do Ministro Paulo de Tarso Viera Sanseverino, sustentou-se que o tribunal *a quo* constatou estar provado, naqueles autos, *“o nexo de causalidade entre a amputação da perna do menino e o desleixo nos diversos atendimentos prestados pelo hospital, que por diversas vezes deu alta indevida ao paciente”* e, ainda, a ausência de prova do nosocômio quanto à inexistência de defeito do serviço. Defendeu a Terceira Turma, desse modo, a aplicação da responsabilidade objetiva prevista no art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, cujo § 4º teria caráter excepcional (REsp 1331628/DF).

Novamente a Quarta Turma do aludido Tribunal Superior, em acórdão publicado na data de 26 de setembro de 2013, em sede de Recurso Especial, também invocou os preceitos atinentes ao nexo de causalidade e ao defeito do serviço para afastar a responsabilidade de hospital, ligado à associação privada, pelo contágio do paciente do vírus hepatite C durante procedimento cirúrgico. Sustentou a aludida turma, em voto do Min. Relator Luis Felipe Salomão, a incidência da responsabilidade objetiva do hospital ao caso, ponderando, entretanto, que *“o cabimento de indenização deve ser analisado casuisticamente e reconhecido, desde que estabelecido nexo causal baseado em relação de necessidade entre a causa e o infortúnio”* (REsp 1322387/RS).

Por outro lado, a Quarta Turma da referida Corte, seguindo voto do Ministro Relator Raul Araújo, em que pese utilizar-se da súmula 7 do mesmo tribunal, que veda o reexame do acervo fático-probatório constante dos autos, para negar provimento a Agravo Regimental em sede de Agravo de Instrumento, decidiu, em acórdão publicado na data de 3 de setembro de 2013, que *“ao afastar a responsabilidade do hospital/agravado em razão de não ter sido comprovada a culpa dos médicos que realizaram a cirurgia na agravante, a Corte de origem decidiu em consonância com a jurisprudência do STJ”*, citando, para tanto, julgado datado 2005, correspondente ao REsp 258.389/SP, de relatoria do Ministro Fernando Gonçalves.

Neste último, asseverou o relator que *“a responsabilidade dos hospitais, no que tange à atuação técnico-profissional dos médicos que neles atuam ou a eles sejam ligados por convênio, é subjetiva, ou seja, dependente da comprovação de culpa dos prepostos, presumindo-se a do preponentes”* (AgRg no Ag 1261145/SP).

Assim, tem-se que a divergência de posicionamentos encontrada em sede doutrinária acerca da necessidade de verificação da culpa do profissional médico para a responsabilização dos hospitais privados por danos advindos de sua intervenção acaba por refletir também nas decisões do Superior Tribunal de Justiça, as quais, em que pese emanadas de Corte responsável pela uniformização da interpretação da lei federal em todo o País, mostram-se não uníssonas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema é, de fato, revestido de importância no âmbito jurídico, sobretudo por dois aspectos: relevância e reflexo social e ausência de posicionamento consolidado entre os juristas, tanto no âmbito doutrinário quanto jurisprudencial.

Com relação ao primeiro aspecto, fala-se que a temática é dotada de relevância entre a sociedade porque é notória a atemporalidade da necessidade primordial que os indivíduos têm de recorrer a atividades da área médica a fim de preservarem, tratarem e potencializarem sua saúde. Nesse aspecto, constatou-se que tal necessidade, atualmente, é mais consciente e menos descrente, quer dizer, já não se associa mais o médico a uma figura paternalista, dotada de poderes divinos de cura, mas sim a um profissional capacitado pelos preceitos científicos da medicina. Também apurou-se que a saúde não é mais encarada de modo restrito, passando a vincular-se ao conceito de bem estar físico, mental e social do ser humano.

Também se pode dizer que a relevância social da questão é reforçada pela crescente massificação e corporativização da prestação de serviços relativos à saúde. Isso porque, neste particular, verificou-se que houve, nas últimas décadas, o despontar de outros personagens na relação entre médico e paciente, entre eles, os hospitais, conceito este que também abrange clínicas e casas de saúde.

No que diz respeito ao segundo aspecto, verificou-se que a temática envolvendo a responsabilidade civil médica contratual pura e simples, isto é, sem a intervenção de outras entidades, a exemplo dos hospitais, mostra-se consolidada no que envolve a adoção da teoria clássica para a sua configuração. Nesse rumo, o fator de imputação consubstanciado na culpa, cujas influências no direito brasileiro remontam ao direito romano e ao Código Francês de 1804, deve ser devidamente verificado, em uma de suas modalidades (imprudência, negligência, imperícia), para que haja o dever de indenizar por parte do esculápio.

Em que pese tal pacificação, não se pode olvidar de pontos divergentes suscitados pela doutrina, no que diz respeito ao enquadramento de certas práticas médicas em obrigações de meio ou de resultado e, ainda, ao ônus da prova. Nesse sentido, verificaram-se posicionamentos defensores de que até mesmo as cirurgias puramente estéticas correspondem a obrigações de meio dos esculápios, de modo que a culpa da atuação do profissional também deveria ser provada em caso de eventual dano. Nessa linha, parece coerente o argumento de que, para as mais variadas especialidades da medicina, deve-se verificar, a partir do caso

concreto e à luz dos preceitos consumeristas, como ocorreu a pactuação dos serviços médicos com o consumidor, a fim de se concluir se o profissional assumiu obrigação de meio ou de resultado.

No que tange ao ônus da prova, apesar de haver linha doutrinária que sustenta a impossibilidade de sua inversão, com base nas disposições do Código de Defesa do Consumidor, aos profissionais liberais médicos, concluiu-se ser ela aplicável a este tipo de fornecimento de serviço, por não implicar, de *per si*, em responsabilidade objetiva.

Nessa linha, verificou-se, pois, ser indiferente, na seara das relações de consumo, a distinção entre obrigações de meio e de resultado, no que diz respeito ao ônus probatório da culpa, tendo em vista que a responsabilidade naquele campo é objetiva, isto é, desvincilhada daquela noção. Assim, independentemente de a obrigação assumida pelo fornecedor ser de meio ou de resultado, incidirá, por força de lei, a inversão do ônus da prova quanto ao nexo de causalidade e, poderá incidir, a depender do caso concreto e a critério do juiz, a inversão quanto à totalidade dos pressupostos da responsabilidade civil.

Concluiu-se, ainda, que, no tocante à responsabilidade civil dos profissionais liberais, muitas vezes também pode se apresentar irrelevante a aludida diferenciação entre obrigações de meio e de resultado, no que diz respeito ao ônus probatório da culpa, pois a tais profissionais também poderá ser aplicada a previsão de inversão *ope judicis* do ônus probatório e, assim, poderá haver a presunção do nexo de imputação culpa independentemente do conteúdo da obrigação a ser prestada.

Noutro giro, constatou-se não haver uniformização de entendimento quanto à responsabilização dos hospitais privados por danos decorrentes de assistência médica – o que engloba os atos essencialmente médicos e os denominados atos paramédicos –, diferentemente do que ocorre na responsabilização de tais estabelecimentos por danos advindos de seu dever de hospedagem – consubstanciado nos atos extramédicos –, na qual incide, de forma pacífica, os ditames da responsabilidade objetiva.

Nesse diapasão, há linha doutrinária segundo a qual o hospital assume obrigação de meio no que tange ao dever de assistência médica, tal qual a obrigação assumida pelo profissional liberal por si só considerada, sendo esta uma atividade marcada pelos fatores aleatórios da própria ciência médica, de sorte que somente se responsabilizaria o hospital, entre o qual se estabeleceu o vínculo contratual com o paciente, se verificada a conduta culposa do médico integrante de seus quadros.

Apurou-se, todavia, que os próprios integrantes dessa linha doutrinária apresentam argumentos distintos para afastar a aplicação do disposto no art. 927, parágrafo único, do Código Civil às atividades desempenhadas pelos nosocômios: há quem diga que a atividade médica não implica riscos, muito pelo contrário, tenta erradicá-los; por outro lado, há quem defenda que tal atividade não cria risco, mas lida com perigos, de modo que se deixasse de ser exercida, as doenças e mortes humanas continuariam a existir.

A outra vertente doutrinária, por seu turno, sustenta a aplicação do microssistema do Código do Consumidor também para a responsabilização dos nosocômios por danos advindos de intervenção médica. Segundo esta linha, a pactuação que se dá entre hospital e paciente é marcada pela impessoalidade, sendo a responsabilidade dos profissionais liberais exceção ao sistema objetivo que deve ser interpretada de forma restrita. Sendo assim, o hospital não responderia pelos chamados riscos inerentes aos serviços, mas sim pelos riscos adquiridos, marcados pela anormalidade, os quais caracterizariam a existência de defeito no serviço.

Em um primeiro plano, poder-se-ia dizer que os argumentos desta segunda vertente teórica revelam-se mais adequados, uma vez que, considerando-se as descrições do Código de Defesa do Consumidor acerca dos sujeitos da relação de consumo, verificou-se que a atividade médico-hospitalar, como a oferecida pelas clínicas e hospitais privados, está abrangida pelas suas disposições, em razão do fornecimento de um serviço da área médica, por uma pessoa jurídica, de forma habitual e remunerada, a pessoas que dele desejarem se utilizar. Isto é: tem-se caracterizada uma relação de consumo que, nesta qualidade, seguiria o regime de responsabilidade objetiva.

Verificou-se que a dúvida quanto à aplicação da responsabilidade desvinculada da culpa, entretanto, ressurgiu logo em seguida, com as seguintes indagações: como afastar o nexo de causalidade entre o serviço prestado por médico integrante do hospital e o dano sofrido pelo paciente? Como afastar o chamado defeito do serviço?

Neste particular, constatou-se que os defensores da responsabilidade objetiva defendem a verificação, a luz de critérios jurídicos e do caso concreto, do nexo de causalidade entre a conduta adotada pelo profissional médico e o resultado danoso, ou seja, se tal conduta poderia ser tida como provocadora do dano sofrido pelo paciente. Nesse rumo, seria suficiente a apresentação de uma falha que retirasse a segurança legitimamente esperada para que o serviço fosse tido como defeituoso, sem perquirir a atuação culposa de um profissional

individualizado, sendo que a prova da inexistência de tal defeito e, portanto, do nexo de causalidade, caberia à entidade hospitalar.

Por outro lado, apurou-se que há vertente teórica que faz uma aproximação entre o pressuposto nexo de causalidade e o fator de imputação culpa. Neste ponto, há quem sustente que o elemento “previsibilidade” faz-se presente tanto na noção de culpa quanto na de nexo de causalidade, sobretudo quando analisada esta última sob a perspectiva da teoria da causalidade adequada e do chamado caso fortuito ou força maior, de sorte que se a culpa médico não fosse analisada como pressuposto de responsabilidade autônomo teria que ser verificada quando da constatação do nexo de causalidade. Defende esta vertente, ainda, que o chamado defeito do serviço delineado pelo Código de Defesa do Consumidor consubstancia-se em cláusula geral, permeada por conceitos indeterminados, de modo que, para que se caracterizá-lo, inevitavelmente passar-se-á pela verificação do atuar culposo do profissional médico.

Por fim, após a análise de alguns julgados contemporâneos do Superior Tribunal de Justiça, constatou-se que a divergência de posicionamentos encontrada em sede doutrinária acerca da necessidade de verificação da culpa do profissional médico para a responsabilização dos hospitais privados por danos advindos de sua intervenção também tem reflexos nas decisões do Superior Tribunal de Justiça, as quais, em que pese emanadas de Corte responsável pela uniformização da interpretação da lei federal em todo o País, mostram-se não uníssonas. Isso porque, ora invocam a culpa dos médicos integrantes de hospital particular para a responsabilização deste por danos relativos à assistência médica, ora resolvem a demanda com base tão somente na análise do nexo de causalidade entre serviço e dano sofrido pelo paciente – o que traduz, em última análise, um contexto de pouca segurança jurídica e isonomia de tratamento.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. **Responsabilidade civil do médico**. Universitas/Jus. Brasília: UniCEUB, v. 5, jan./jun. 2000, p. 151-191.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 11 out. 2013.

_____. **Decreto-Lei n. 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 11 out. 2013.

_____. **Lei n. 3.071**, de 1º de janeiro de 1916. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 11 out. 2013.

_____. **Lei n. 3.268**, de 30 de setembro de 1957. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 11 out. 2013.

_____. **Lei n. 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 11 out. 2013.

_____. **Lei 9.503**, de 23 de setembro de 1997. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 11 out. 2013.

_____. **Lei n. 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 11 out. 2013.

_____. **Lei n. 12.842**, de 10 de julho de 2013. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 11 out. 2013.

_____. **Lei n. 12.871**, de 22 de outubro de 2013. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 23 out. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AGRADO REGIMENTAL EM AGRADO DE INSTRUMENTO. ERRO MÉDICO. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA CULPA. SÚMULA 7/STJ. RESPONSABILIDADE DO HOSPITAL. SUBJETIVA. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O eg. Tribunal de origem concluiu que a autora não conseguiu demonstrar que o corpo estranho encontrado em seu abdômen foi deixado pelo preposto médico do hospital ora agravado, no procedimento cirúrgico de 1993, pois teria realizado outra cirurgia anteriormente. Modificar tal entendimento demandaria análise do acervo fático-probatório dos autos, o que é vedado pela Súmula 7/STJ. 2. No julgamento do REsp 258.389/SP, da relatoria do eminente Ministro FERNANDO GONÇALVES (DJ de 16.6.2005), este Pretório já decidiu que "a responsabilidade dos hospitais, no que tange à atuação técnico-profissional dos médicos que neles atuam ou a eles sejam ligados por convênio, é subjetiva, ou seja, dependente da comprovação de culpa dos prepostos, presumindo-se a dos preponentes. Nesse sentido são as normas dos arts. 159, 1521, III, e 1545 do Código Civil de 1916 e, atualmente, as dos arts. 186 e 951 do novo Código Civil, bem com a súmula 341 - STF (É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto", de modo que não comporta guarida a assertiva de que a responsabilidade do hospital seria objetiva na hipótese. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. **Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 1261145 – SP**. Maria

Aparecida Moraes Marietto e Irmandade do Senhor Bom Jesus dos Passos da Santa Casa de Misericórdia de Bragança Paulista. Relator: Ministro Raul Araújo. DJ, 3 set. 2013. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&processo=1261145&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO (ART. 544 DO CPC) - AÇÃO REGRESSIVA DO HOSPITAL CONTRA O MÉDICO - INDENIZATÓRIA POR DANO MORAL – DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECURSO. INSURGÊNCIA DA PARTE AUTORA. 1. A indicação genérica de ofensa a dispositivo de lei federal sem demonstrar concretamente onde residiria a violação a referida norma, torna deficiente a fundamentação desenvolvida no apelo especial. Incidência da Súmula 284/STF. 2. Ação regressiva movida por hospital em desfavor do médico. Denúnciação à lide no bojo da demanda originária. Descabimento. Responsabilidade objetiva do hospital pelos danos causados por seu preposto, sendo inviável que, no mesmo processo, se produzam provas para averiguar a responsabilidade subjetiva do médico, o que deve ser feito em ação de regresso proposta pelo hospital. 3. Agravo regimental não provido. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 182368 – DF.** Manoel Augusto Soares e Unimed Brasília Cooperativa de Trabalho Médico. Relator: Ministro Marco Buzzi. DJ, 12 nov. 2012. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=182368&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>> .

_____. Superior Tribunal de Justiça. CIVIL. INDENIZAÇÃO. MORTE. CULPA. MÉDICOS. AFASTAMENTO. CONDENAÇÃO. HOSPITAL. RESPONSABILIDADE. OBJETIVA. IMPOSSIBILIDADE. 1 - A responsabilidade dos hospitais, no que tange à atuação técnico-profissional dos médicos que neles atuam ou a eles sejam ligados por convênio, é subjetiva, ou seja, dependente da comprovação de culpa dos prepostos, presumindo-se a dos preponentes. Nesse sentido são as normas dos arts. 159, 1521, III, e 1545 do Código Civil de 1916 e, atualmente, as dos arts. 186 e 951 do novo Código Civil, bem com a súmula 341 - STF (É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto.). 2 - Em razão disso, não se pode dar guarida à tese do acórdão de, arrimado nas provas colhidas, excluir, de modo expresso, a culpa dos médicos e, ao mesmo tempo, admitir a responsabilidade objetiva do hospital, para condená-lo a pagar indenização por morte de paciente. 3 - O art. 14 do CDC, conforme melhor doutrina, não conflita com essa conclusão, dado que a responsabilidade objetiva, nele prevista para o prestador de serviços, no presente caso, o hospital, circunscreve-se apenas aos serviços única e exclusivamente relacionados com o estabelecimento empresarial propriamente dito, ou seja, aqueles que digam respeito à estadia do paciente (internação), instalações, equipamentos, serviços auxiliares (enfermagem, exames, radiologia), etc e não aos serviços técnicos profissionais dos médicos que ali atuam, permanecendo estes na relação subjetiva de preposição (culpa). 4 - Recurso especial conhecido e provido para julgar improcedente o pedido. **Recurso Especial n. 258389 – SP.** Hospital Maternidade Jundiaí S/A e Clóvis Reis de Bastos e Cônjuge. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. DJ, 22 ago. 2005. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=258389&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO MOVIDA CONTRA HOSPITAL. DEFEITO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICO-HOSPITALARES. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. INTELIGÊNCIA DO ART. 14 DO CDC. 1. Demanda indenizatória proposta por paciente portador da Síndrome de Down, que, com um ano e cinco meses, após ser submetido a cirurgia cardíaca, recebeu indevidamente alta hospitalar, tendo de retornar duas vezes ao nosocômio, com risco de morte, sendo submetido a duas outras cirurgias, redundando na amputação de parte da perna esquerda. 2. A regra geral insculpida no art. 14, "caput", do CDC, é a responsabilidade objetiva dos fornecedores pelos danos causados aos consumidores. 3. A exceção prevista no parágrafo 4º do art. 14 do CDC, imputando-lhes responsabilidade subjetiva, é restrita aos profissionais liberais. 4. Impossibilidade de interpretação extensiva de regra de exceção. 5. O ônus da prova da inexistência de defeito na prestação dos serviços médicos é do hospital recorrente por imposição legal (inversão 'ope legis'). Inteligência do art. 14, § 3º, I, do CDC. 6. Não tendo sido reconhecida pelo tribunal de origem a demonstração das excludentes da responsabilidade civil objetiva previstas no parágrafo 3.º do artigo 14 do CDC, a pretensão recursal esbarra no óbice da Súmula 07/STJ, pois exigiria a reavaliação do conjunto fático-probatório dos autos, o que é vedado a esta Corte Superior. 7. Precedentes jurisprudenciais desta Corte. 8. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. **Recurso Especial n. 1.331.628 – DF.** Fundação Zerbini e DLT (menor). Relator: Paulo de Tarso Viera Sanseverino. DJ, 12 set. 2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&processo=1331628&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. RESPONSABILIDADE CIVIL. CIRURGIA E TRANSFUSÃO DE SANGUE REALIZADA PELO HOSPITAL RECORRENTE EM 1997. VÍRUS HCV (HEPATITE C) DIAGNOSTICADO EM 2004. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. AÇÃO REPARATÓRIA. TESTES COMPROVARAM QUE DOADORES NÃO ERAM PORTADORES DA DOENÇA. NEXO CAUSAL INDEMONSTRADO. TEORIA DO DANO DIREITO E IMEDIATO (INTERRUPÇÃO DO NEXO CAUSAL). IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO INICIAL. 1. Não há ofensa ao art. 535 do CPC quando o acórdão, de forma explícita, rechaça todas as teses do recorrente, apenas chegando a conclusão desfavorável a este. Também inexistente negativa de prestação jurisdicional quando o Tribunal de origem aprecia a questão de forma fundamentada, enfrentando todas as questões fáticas e jurídicas que lhe foram submetidas. 2. Adotadas as cautelas possíveis pelo hospital e não tendo sido identificada a hepatite C no sangue doado, não é razoável afirmar que o só fato da existência do fenômeno "janela imunológica" seria passível de tornar o serviço defeituoso. No limite, a tese subverte todos os fundamentos essenciais da responsabilidade civil, ensejando condenações por presunções. 3. Não se pode eliminar, aqui, o risco de transfundir sangue contaminado a um paciente mesmo com a adoção das medidas adequadas à análise do sangue. Para minimizar essa possibilidade, adotam-se medidas de triagem do doador, que não são todas infalíveis, eis que dependentes da veracidade e precisão das informações por este prestadas. Trata-se, como se vê, de um risco reduzido, porém não eliminável. Parece correto sustentar, assim, que aquilo que o consumidor pode legitimamente esperar não é, infelizmente, que sangue contaminado jamais seja utilizado em transfusões sanguíneas, mas sim que todas as medidas necessárias à redução desse risco ao menor patamar possível sejam tomadas pelas pessoas ou entidades responsáveis pelo processamento do sangue. (FERRAZ, Octávio Luiz Motta Ferraz. Responsabilidade civil da atividade médica no código de defesa do consumidor. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 156-159) 4. Reconhecendo-se a possibilidade de vários fatores contribuírem para o resultado, elege-se apenas aquele que se

filia ao dano mediante uma relação de necessidade, vale dizer, dentre os vários antecedentes causais, apenas aquele elevado à categoria de causa necessária do dano dará ensejo ao dever de indenizar. 5. Mesmo sem negar vigência aos princípios da verossimilhança das alegações e a hipossuficiência da vítima quanto à inversão do ônus da prova, não há como deferir qualquer pretensão indenizatória sem a comprovação, ao curso da instrução, do nexo de causalidade entre o contágio da doença e a cirurgia realizada sete anos antes do diagnóstico. 6. Não ficou comprovada nos autos a exclusão da possibilidade de quaisquer outras formas de contágio no decorrer dos quase sete anos entre a cirurgia pela qual passou o autor (ora recorrido) e o aparecimento dos sintomas da hepatite C. 7. É evidente que não se exclui a possibilidade de ser reconhecida a responsabilidade objetiva do hospital em episódios semelhantes, porém o cabimento de indenização deve ser analisado casuisticamente e reconhecido, desde que estabelecido nexo causal baseado em relação de necessidade entre a causa e o infortúnio. 8. Recurso especial provido. **Recurso Especial n. 1322387 – RS.** Associação Educadora São Carlos – AESC e Evaristo Duarte Araújo. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. DJ, 26 set. 2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&processo=1322387&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Direito do Consumidor**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

COSTA, Judith Martins. **O Direito Privado como um sistema em construção**: As cláusulas gerais no Projeto de Código Civil brasileiro. Revista de Informação Legislativa. Brasília: a. 35 n. 139, jul./set. 1998, p. 05-22.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade civil**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FILHO, Jonas de Mello. Erro médico. In: PEREIRA, Hélio do Valle; ENZWEILER, Romano José (Coord.). **Curso de Direito Médico**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito médico**, 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

GAGLIANO, Rodolfo; STOLZE, Pablo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Direito Civil Brasileiro – Teoria Geral das Obrigações**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil dos Hospitais**: Código Civil e Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Culpa Médica e Ônus da Prova:** Presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado. Responsabilidade civil em pediatria e Responsabilidade civil em gineco-obstetrícia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

KHOURI, Paulo Roque. **Contratos e Responsabilidade Civil no CDC.** Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo.** 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

LOPES, Fabio Firmino. A Relação Médico-Paciente: Entre a Atenção e a Incompreensão. In:

PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. A responsabilidade civil do fabricante e os riscos do desenvolvimento. In: MARQUES, Claudia Lima. (Org.). **Estudos sobre a proteção do consumidor no Brasil e no MERCOSUL.** Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1994.

PEREIRA, Hélio do Valle. Aspectos processuais das ações de responsabilidade médica. In: PEREIRA, Hélio do Valle; ENZWEILER, Romano José (Coord.). **Curso de Direito Médico.** São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

MARQUES, Claudia Lima. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor:** o novo regime das relações contratuais. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MEDEIROS, Luiz Cezar Medeiros. A responsabilidade civil das casas de saúde –hospitais e entidades similares. In: PEREIRA, Hélio do Valle; ENZWEILER, Romano José (Coord.). **Curso de Direito Médico.** São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade civil por erro médico:** doutrina e jurisprudência. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

NETO. Ylmar Côrrea. Aquém e além do Novo Código de Ética Médica Brasileiro: A Evolução da Codificação da Moral Médica. In: PEREIRA, Hélio do Valle; ENZWEILER, Romano José (Coord.). **Curso de Direito Médico.** São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações.** 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RORIGUES, Silvio. **Direito Civil – Responsabilidade Civil.** 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Viera. **Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Leonardo Vieira. **Responsabilidade civil médico-hospitalar e a questão da culpa no direito brasileiro**. Bahia: Jus Podivm, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. O Direito Fundamental à Proteção e Promoção da Saúde na Ordem Jurídico-Constitucional: Uma Visão Geral Sobre o Sistema (Público e Privado) de Saúde no Brasil. In: PEREIRA, Hélio do Valle; ENZWEILER, Romano José (Coord.). **Curso de Direito Médico**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SILVA NETO, Orlando Celso da. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PEREIRA, Hélio do Valle. Aspectos processuais das ações de responsabilidade médica. In: PEREIRA, Hélio do Valle; ENZWEILER, Romano José (Coord.). **Curso de Direito Médico**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.